



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE  
DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO**

**CARRERA DE DERECHO**

**PORTADA**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE**

**ABOGADO**

**TEMA**

**LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU  
INDEBIDA APLICACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE  
INTERES SUPERIOR DEL MENOR**

**MG.AB. CÉSAR MOREIRA DE LA PAZ.**

**TUTOR**

**KEVIN ALEJANDRO ZANZZI BARONA**

**AUTOR**

**GUAYAQUIL**

**2021**



<b>REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA</b>	
<b>FICHA DE REGISTRO DE TESIS</b>	
<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>  LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU INDEBIDA APLICACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR	
<b>AUTOR/ES:</b> KEVIN ALEJANDRO ZANZZI BARONA	<b>REVISORES O TUTORES:</b> MG.AB. CÉSAR MOREIRA DE LA PAZ
<b>INSTITUCIÓN:</b>  Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil	<b>Grado obtenido:</b>  ABOGADO
<b>FACULTAD:</b>  Facultad de ciencias sociales y derecho	<b>CARRERA:</b>  Derecho
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>  2021	<b>N. DE PAGS:</b>  109
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b> DERECHO	
<b>PALABRAS CLAVE:</b> CORRESPONSABILIDAD PARENTAL / ALINEACION PARENTAL / CUSTODIA COMPARTIDA / TENENCIA / INTERES SUPERIOR DEL MENOR / DIVORCIO	
<b>RESUMEN:</b>  El presente proyecto de investigación, tiene como objetivo analizar la inaplicabilidad del derecho de corresponsabilidad parental de los jueces especializados en materia de familia en audiencias, vulnerando el principio de interés superior del menor, ya que por medio de los fallos emitidos se puede constatar la preferencia que se le da a la madre al momento de otorgarle la tenencia y la custodia del menor, dejando al padre de familia con el derecho de regirse a un horario de visitas y a cumplir con una pensión alimenticia Mensual	

<p>vulnerando el principio de igualdad. Se podrá apreciar con datos estadístico, teorías y encuestas, como el código de la niñez y adolescencia incide en el principio de interés superior y compilar la información necesaria de como los jueces especialista en familia omiten la aplicación de estos derecho al momento de emitir sus fallos a favor de la madre y finalmente proponer una reforma para que el derecho de corresponsabilidad sea obligatorio en igualdad de derecho y responsabilidades para el padre y la madre con el fin de salvaguardar el interés superior del menor.</p>		
N. DE REGISTRO (en base de datos):	N. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		
ADJUNTO PDF:	SI <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
CONTACTO CON AUTOR/ES: KEVIN ALEJANDRO ZANZZI BARONA	Teléfono: 0967593388	E-mail: <a href="mailto:kzanzzib@ulvr.edu.ec">kzanzzib@ulvr.edu.ec</a>
CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN: UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL.	<p>Msc. Diana Almeida Aguilera, Decana de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho</p> <p>Teléfono: 2596500 Ext. 250 E-mail: <a href="mailto:dguileraa@ulvr.edu.ec">dguileraa@ulvr.edu.ec</a></p> <p>Msc. Carlos Pérez Leiva Director de la Carrera de Derecho</p> <p>Teléfono: 2595500 Ext. 233 E-mail: <a href="mailto:cperezl@ulvr.edu.ec">cperezl@ulvr.edu.ec</a></p>	

# CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO ACADÉMICO

Tesis Final Zanzzi

## INFORME DE ORIGINALIDAD

5%

INDICE DE SIMILITUD

5%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

0%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1

[deconceptos.com](http://deconceptos.com)

Fuente de Internet

<1%

2

Submitted to Colegio Sebastián de Benalcázar

Trabajo del estudiante

<1%

3

[dspace.uniandes.edu.ec](http://dspace.uniandes.edu.ec)

Fuente de Internet

<1%

4

[repositorio.unc.edu.pe](http://repositorio.unc.edu.pe)

Fuente de Internet

<1%

5

[www.contra-mundum.org](http://www.contra-mundum.org)

Fuente de Internet

<1%

6

[www.telegrafo.com.ec](http://www.telegrafo.com.ec)

Fuente de Internet

<1%

7

[www.amnistia-infantil.org](http://www.amnistia-infantil.org)

Fuente de Internet

<1%

8

[www.slideshare.net](http://www.slideshare.net)

Fuente de Internet

<1%

9

[repositorio.pucesa.edu.ec](http://repositorio.pucesa.edu.ec)

Fuente de Internet

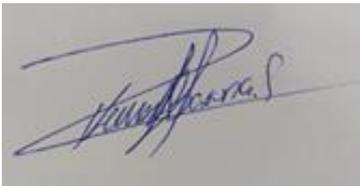
<1%



## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES**

El estudiante egresado KEVIN ALEJANDRO ZANZZI BARONA, declara bajo juramento, que la autoría del presente proyecto de investigación, “LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU INDEBIDA PPLICACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” corresponde totalmente a el suscrito y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo los derechos patrimoniales y de titularidad a la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establece la normativa vigente.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Kevin Zanzzi Barona', is written over a horizontal line on a light-colored background.

Autor

Firma:

KEVIN ALEJANDRO ZANZZI BARONA

C.I.926142167

## **CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR**

En mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación “LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU INDEBIDA PLICACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”, designado por el Consejo Directivo de la Facultad de CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO de la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil.

### **CERTIFICO:**

Haber dirigido, revisado y aprobado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: “LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU INDEBIDA PLICACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”, presentado por el estudiante KEVIN ALEJANDRO ZANZZI BARONA como requisito previo, para optar al Título de ABOGADO, encontrándose apto para su sustentación.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Cesar Moreira de la Paz', is written over a light gray rectangular background.

Ab. Cesar Moreira de la Paz, Mgs.  
Profesor Tutor.

## **AGRADECIMIENTO**

Primero que todo agradezco a dios porque sin él no hubiera podido llegar hasta donde ahora estoy, la ayuda espiritual que me ha brindado ha sido muy importante en mi carrera para ser perseverante en lo que quiero y no dejarme vencer por las adversidades que se han venido presentando día a día en el transcurso de mi carrera.

Segundo agradecer a mi madre NANCY VERÓNICA BARONA SALINAS, ya que sin su apoyo no hubiera sido capaz de seguir esta carrera, ni mucho menos finalizarla. Gracias por darme la mejor herencia de todas que es la educación, gracias a su esfuerzo y su dedicación por darnos lo mejor a mi hermana y a mí. Y es por ese acto de sacrificio por parte de ella, es que ahora yo estoy finalizando mi carrera y cumplir uno de mis sueños, que es ser abogado.

Tercero agradecer a varias personas que fueron importantes para mí en el largo de mi carrera, ya que han hecho fuertes en conocimientos y en temperamento.

Quiero agradecer a mis maestros, los cuales me han ensañado en el transcurso de mi formación académica parte de sus conocimientos para que hoy yo esté terminando mi carrera.

Quiero hacer una mención especial y agradecer a mis amigos, colabores, abogados y abogadas que en la poca experiencia que llevo me han enseñado cosas fundamentales que me van a servir en el ejercicio profesional.

## **DEDICATORIA**

Dedico este logro de manera especial a mi abuela que está en el cielo, ya que ella siempre confió en mí, desde que era pequeño, sabía de lo que era capaz y de lo que lograría haciendo lo que me gusta.

Le dedico este título a mi madre, ya que ella siempre ha estado esperando que le lleve título a la casa, y de esta manera se sienta orgullosa de que tiene un hijo responsable y capaz de cumplir las metas que se proponga en la vida.

**TITULO:** LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU INDEBIDA  
APLICACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR

**Autor:** Kevin Alejandro Zanzzi Barona

**Tutor:** Ab. César Moreira de la Paz, Msg.

**RESUMEN**

El presente proyecto de investigación, tiene como objetivo analizar la inaplicabilidad del derecho de corresponsabilidad parental que emiten los jueces especializados en materia de familia en audiencias, vulnerando el principio de interés superior del menor, ya que por medio de los fallos emitidos se puede constatar la preferencia que se le da a la madre al momento de otorgarle la tenencia y la custodia del menor, dejando al padre de familia con el derecho de regirse a un horario de visitas y a cumplir con una pensión alimenticia mensual, vulnerando el principio de igualdad. Se podrá apreciar con datos estadístico, teorías y encuestas como el Código de la Niñez Y Adolescencia incide en el principio de interés superior y compilar la información necesaria de como los jueces especialistas en familia omiten la aplicación de estos derecho al momento de emitir sus fallos a favor de la madre y finalmente proponer una reforma para que el derecho de corresponsabilidad sea obligatorio en igualdad de derecho y responsabilidades para el padre y la madre con el fin de salvaguardar el interés superior del menor.

**Palabras Claves:** corresponsabilidad parental / alienación parental / custodia compartida / tenencia / interés superior del menor / divorcio

**TITLE: PARENTAL RESPONSIBILITY AND ITS IMPROPER APPLICATION  
ON THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE MINOR**

**Author:** Kevin Alejandro Zanzzi Barona

**Tutor:** Ab. César Moreira de la Paz, Msg.

**ABSTRACT**

The present research project aims to analyze the inapplicability of the right of parental responsibility of judges specialized in family matters in hearings, violating the principle of the best interests of the minor, since through the decisions issued the preference can be verified that is given to the mother at the time of granting custody and custody of the minor, leaving the father of the family with the right to adhere to a visiting schedule and to comply with a monthly alimony, violating the principle of equality. It will be possible to appreciate with statistical data, theories and surveys such as the code of childhood and adolescence affects the principle of superior interest and compile the necessary information on how the family specialist judges omit the application of these rights at the time of issuing their decisions to favor of the mother and finally propose a reform so that the right of co-responsibility is mandatory in equal rights and responsibilities for the father and mother in order to safeguard the best interests of the minor.

**KEYWORDS:** PARENTAL STEWARDSHIP / PARENTAL ALIGNMENT /  
SHARED CUSTODY / TENURE / SUPERIOR INTEREST OF MINOR /  
DIVORCE

# ÍNDICE GENERAL

<b>RESUMEN</b> .....	xiii
<b>ABSTRACT</b> .....	x
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I</b> .....	4
<b>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	4
1.1 Tema .....	4
1.2 Planteamiento del Problema.....	4
1.3 Formulación del Problema .....	6
1.4 Sistematización del Problema .....	6
1.5 Objetivo General.....	7
1.6 Objetivos Específicos.....	7
1.7 Justificación .....	8
1.8 Delimitación del Problema .....	9
1.9 Hipótesis o Idea a Defender .....	10
1.10 Línea de Investigación Institucional/Facultad.....	10
<b>CAPÍTULO II</b> .....	11
<b>MARCO TEÓRICO</b> .....	11
2.1 Marco Teórico (se incluyen los antecedentes) .....	11
2.1.1 Antecedente de la corresponsabilidad Parental .....	11
2.1.2 Relación Paterno filial o Corresponsabilidad Parental .....	12
2.1.3 Divorcio .....	15
2.1.4 Divorcio en el Ecuador .....	16
2.1.5 El síndrome de Alienación Parental.....	18
2.1.6 Principio de interés superior del menor .....	20
2.1.7 Principio de Corresponsabilidad Parental.....	22
2.1.8 Principio de igualdad .....	23
2.1.9 Patria Potestad.....	24
2.1.10 Tenencia .....	26
2.1.11 Custodia Compartida.....	27
2.1.12 Ventajas de la Custodia Compartida.....	28
2.1.13 Desventajas de la Custodia Compartida .....	30
2.1.14 Formas de Custodia Compartida .....	33

2.1.15	Aspectos que el juez debe tomar en cuenta al momento de otorgar la custodia compartida y respetar la aplicación de la norma .....	35
2.1.16	Criterios que el juez debe tomar en cuenta para otorgar la custodia compartida .....	37
2.1.17	Compilación de sentencias de los jueces en materia de familia donde se evidencia la inaplicabilidad del derecho de corresponsabilidad parental y su vulneración al principio de interés superior del menor .....	39
2.2	Marco Conceptual .....	44
2.3	Marco Legal.....	47
2.3.1	Constitución de la República del Ecuador .....	47
2.3.2	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Niña, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 .....	48
2.3.3	Código de la Niñez y Adolescencia.....	49
2.3.4	Código Civil .....	51
2.3.5	Código General de Procesos.....	52
2.3.6	Legislación Comparada .....	53
<b>CAPÍTULO III .....</b>		<b>58</b>
<b>METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>		<b>58</b>
3.1	Metodología.....	58
3.2	Tipo de investigación .....	59
3.3	Enfoque .....	60
3.4	Técnica e instrumentos .....	60
3.5	Población.....	62
3.6	Muestra .....	62
3.7	Análisis de resultados .....	64
3.7.1	Encuestas: análisis y resultados.....	64
3.7.2	Entrevistas.....	74
3.7.3	Análisis de las entrevistas.....	80
<b>INFORME FINAL.....</b>		<b>82</b>
4.1.	Propuesta.....	82
<b>CONCLUSIONES.....</b>		<b>84</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>		<b>85</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>		<b>86</b>
<b>ANEXOS.....</b>		<b>91</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

	Pág.
<b>Tabla 1: Cantidad de Abogados en la Provincia del Guayas</b>	<b>62</b>
<b>Tabla 2 concepto de corresponsabilidad parental</b>	<b>64</b>
<b>Tabla 3 concepto del principio de interés superior del menor</b>	<b>65</b>
<b>Tabla 4 Concepto de alienación parental</b>	<b>66</b>
<b>Tabla 5 Conocimiento de la existencia de la custodia no compartida en el Ecuador</b>	<b>67</b>
<b>Tabla 6 El padre tiene derecho a la custodia de los hijos</b>	<b>68</b>
<b>Tabla 7 Casos de alienación parental</b>	<b>69</b>
<b>Tabla 8 Vulneración de los derechos del niño</b>	<b>70</b>
<b>Tabla 9 Violación de los derechos del padre</b>	<b>71</b>
<b>Tabla 10 Custodia compartida a partir de los 5 años</b>	<b>72</b>
<b>Tabla 11 Reforma del Código de la Niñez y Adolescencia</b>	<b>73</b>

## ÍNDICE DE FIGURAS

	Pág.
<b>Gráfico 1 Concepto de corresponsabilidad parental</b>	<b>64</b>
<b>Gráfico 2 Concepto del principio de interés superior del menor</b>	<b>65</b>
<b>Gráfico 3 Concepto de alienación parental</b>	<b>66</b>
<b>Gráfico 4 Conocimiento de la existencia de la custodia no compartida</b>	<b>67</b>
<b>Gráfico 5 El padre tiene derecho a la custodia de los hijos</b>	<b>68</b>
<b>Gráfico 6 Casos de alienación parental</b>	<b>69</b>
<b>Gráfico 7 Vulneración de los derechos del niño</b>	<b>70</b>
<b>Gráfico 8 Violación de los derechos del padre</b>	<b>71</b>
<b>Gráfico 9 Custodia compartida a partir de los 5 años</b>	<b>72</b>
<b>Gráfico 10 Reforma del Código de la Niñez y Adolescencia</b>	<b>73</b>

## ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
<b>Anexo 1.- Matriz de Encuesta</b>	<b>91</b>
<b>Anexo 2.- Matriz de Entrevista</b>	<b>92</b>
<b>Anexo 3.- Juez de Familia del cantón Milagro. Deida Verdezoto</b>	<b>93</b>
<b>Anexo 4.- Msc. Ab. María Azucena Morocho.</b>	<b>94</b>
<b>Anexo 5.- Ab. Luis Atauchí. Docente de la U. Guayaquil</b>	<b>95</b>

## **INTRODUCCIÓN.**

El presente proyecto de investigación tiene como tema “La corresponsabilidad parental y su indebida aplicación sobre el principio de interés superior del menor”

A inicios del siglo XX la conformación de la familia y la participación del hombre y de la mujer dentro del hogar, ha ido evolucionando con el pasar de los años, ya que el ordenamiento familiar ha sufrido diversas reformas, que conllevan a mejorar el núcleo familiar y la figura jurídica que los representa.

Dentro de esas reformas se encuentra la corresponsabilidad parental o las relaciones que deben existir paterno-filiales, que son para el beneficio de los hijos, cuando los padres se han divorciado. Esta relación paterno-filial es la igualdad de derechos que deben tener los padres y las madres al momento de tener la tenencia y la custodia de sus hijos, con el fin de que ese menor de edad pueda disfrutar de la compañía de ambos padres en igualdad de condiciones y beneficios, para así proteger el principio de interés superior del menor.

La corresponsabilidad parental es un principio constitucional, que hace referencia al principio de igualdad, que deben tener los padres y las madres al momento de criar y educar a los hijos, con los mismos derechos y obligaciones, como también la contribución económica que ambos deben de aportar para el desarrollo del niño, además la importancia que radica que ese menor crezca con la presencia de ambos padres en igualdad de disponibilidad de tiempo.

Actualmente, en nuestra legislación ecuatoriana, la participación del hombre en ser parte del desarrollo, del crecimiento y de la crianza de los hijos se ha visto impedida, puesto que, la madre es la persona que tiene más derechos y beneficios al momento que el juez otorga la custodia y la tenencia del menor, lo cual es inconstitucional, ya que de esta forma se está vulnerando el principio de interés superior del menor y para esto es necesario, que se establezca una nueva disposición legal en la que la relación paterno-filial sea en igualdad de condiciones, para beneficio de preservar el interés superior del menor.

Por lo tanto, esta tesis investigará, analizará y explicará de qué forma los jueces están vulnerando el principio de igualdad y por qué el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 106 numeral 2 y 4 que habla sobre las reglas para confiar la patria potestad, las mismas que establece que:

2. • A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, ¡salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

4. • Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, ¡siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

Es inconstitucional, debido a que es contrario al principio de corresponsabilidad parental, ya que al mantenerse un régimen de preferencia materna en la tenencia del niño se impide que los padres y las madres gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos.

Con estos antecedentes, este proyecto de investigación se basará en 4 capítulos para que el lector pueda tener un mejor entendimiento sobre este tema:

## **En el capítulo I**

El lector podrá encontrar el problema de esta investigación, la misma que se basará directamente en la aplicación inconstitucional de los jueces al momento de otorgar

la tenencia y la custodia a la madre y explicar el porqué de esta vulneración del principio de interés superior del menor con estas sentencias, además, el lector podrá observar, cuál es el objetivo al que quiero llegar con esta investigación, la justificación, hipótesis y las diferentes variables de estudio

## **En el capítulo II**

Se observarán los antecedentes de este proyecto de investigación, los conceptos doctrinarios de varios autores y estudios realizados que se recolectaron en diferentes fuentes bibliográficas, así como varias revistas científicas que tienen relación semejante a la investigación que fundamenta la teoría legal en la cual se está basando el presente proyecto de investigación.

## **En el capítulo III**

Se encuentra el método que se utilizó para realizar este proyecto de investigación, los instrumentos empleados, los resultados de las encuestas realizadas con respecto a la corresponsabilidad parental tanto a los ciudadanos inversos en estos problemas jurídicos, como a los jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia, quienes son los que administran justicia en este tema

## **En el capítulo IV**

El lector podrá encontrar la propuesta del proyecto de investigación, para que la corresponsabilidad parental sea aplicada de una forma correcta por parte de los administradores de justicia de la familia, mujer, niñez y adolescencia y de esta manera no se vulnere ningún principio constitucional, además se abordará las debidas conclusiones y recomendaciones para que este proyecto sea viable

# **CAPÍTULO I**

## **DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.1 Tema**

La corresponsabilidad parental y su indebida aplicación sobre el principio de interés superior del menor.

### **1.2 Planteamiento del Problema**

A inicios del siglo XX la figura de la corresponsabilidad parental, se implementa en el ordenamiento jurídico familiar, como un principio que permite la actuación responsable sobre los hijos de una manera igualitaria.

Esta nueva figura jurídica dentro del campo de la familia ha evolucionado, a tal punto de convertir las relaciones paterno-filiales de los padres en una convivencia pacífica después del divorcio y dejar de lado las desigualdades y controversias que existían por la custodia del menor, con la finalidad de que ese niño, niña y adolescente crezca con la compañía de ambos padres.

La corresponsabilidad parental quiere decir que ambos padres deben hacerse responsable de la crianza de los hijos. Ambos tienen la obligación de aportar en el crecimiento, desarrollo, salud, educación y el cuidado de sus hijos en igualdad de condiciones.

El divorcio es una de las causas principales donde se manifiesta este tipo de conflictos, ya que, a raíz de esto el padre y la madre generalmente no terminan de buena forma (relación sentimental) su unión conyugal, sin embargo, no toman en cuenta que lo que terminó fue su alianza matrimonial, más no, su relación afectiva, emocional y responsable de cuidar a sus hijos sin importar las decisiones de terceros.

En la normativa extranjera son muy pocos los países que protegen el interés superior del menor en sus legislaciones. De hecho, en América latina solo hay 4 países que aplican el derecho de corresponsabilidad parental y otorga la custodia compartida a fin de proteger los intereses del menor, dentro de estos países se encuentra: México, Venezuela, Bolivia y Republica Dominicana. Estos países mantienen la figura de la corresponsabilidad parental como el derecho que tienen los padres con el niño para procurar la alimentación, salud y educación en igualdad de condiciones del hijo o hija que tengan en común, tomando en cuenta de que el niño es sujeto de pleno derecho y que sus derechos serán protegidos y garantizados por la ley.

En la actualidad, en Ecuador no se está respetando la figura de la corresponsabilidad parental. Esto a raíz de los miles de divorcios y disoluciones de unión de hecho que se generan alrededor del país, originados por una pareja disfuncional a lo largo de los años, lo que ha provocado que el único perjudicado de ese divorcio o disolución de unión de hecho, sea el menor. Debido a esto el niño, niña o adolescente, tiene que crecer en medio de una familia disfuncional, en donde el padre y la madre se disputan su custodia y su tenencia mediante un juicio viéndose afectados en su desarrollo y trayendo consigo problemas psicológicos que ese conflicto ha generado.

Siendo esta la problemática que se genera a raíz de un divorcio o una disolución de unión libre, trayendo como consecuencia una audiencia que determinará quién se hará cargo de la custodia y la tenencia de ese niño, niña o adolescente. Audiencia que por lo general el hombre (padre) se ve afectado, debido a la decisión del juez de otorgarle, toda la custodia y la tenencia a la madre, dejando al padre contribuir con una aportación económica mensual y rigiéndose a un control de visitas para ver a su hijo de que le ha otorgado.

En el Ecuador, el desarrollo de la Litis, se lleva a cabo a través de audiencia, donde el juez procura llevar a cabo una conciliación entre las partes en las audiencias de divorcio. Esa conciliación, o ese acto de mutuo acuerdo que las partes pactan, por la custodia y la tenencia del menor, no están respetando el principio de interés superior del menor, de poder crecer en la compañía de ambos padres en igualdad de derechos

y obligaciones, al omitir la aplicación del derecho de corresponsabilidad parental, esto debido a que el juez no aplica el derecho de corresponsabilidad parental tipificado en el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia en sus fallos para que tanto el padre como la madre sean dueños de la custodia y la tenencia de ese niño, niña o adolescente de una forma responsable y equitativa.

Estas resoluciones de partes de los jueces en materia de niñez y adolescencia que además de vulnerar el principio de interés superior del menor, por sobreponer los derechos de la madre por encima del menor al otorgarle la tenencia y la custodia a la madre del menor de hasta la edad de 12 años, también vulnera el principio de igualdad en el artículo 66 #4 de la carta magna ecuatoriana, y en el artículo 106 #2 y #4 del Código de la Niñez y Adolescencia ya que se aprecia una preferencia de la madre al momento de obtener la tenencia y la custodia del menor pasando por encima los derechos del padre y los más importantes que son los derechos del menor, por lo cual existe una violación de derechos contra el menor y una inconstitucionalidad en la norma y esto requiere de una reforma del Código de la Niñez y Adolescencia para que los derechos de corresponsabilidad parental, tenencia y custodia compartida del menor, sean obligatorios y equitativos para ambos progenitores.

### **1.3 Formulación del Problema**

¿De qué manera incide al principio de interés superior del menor, la indebida aplicación del derecho de corresponsabilidad parental por parte de los jueces en los juicios de familia?

### **1.4 Sistematización del Problema**

- ¿Qué antecedentes teóricos, conceptuales y referentes a las normativas nacionales y extranjeras existen sobre la corresponsabilidad parental?

- ¿Cómo, el hecho de omitir, la aplicación del derecho de corresponsabilidad parental, vulnera el principio de interés superior del menor?
- ¿En qué medida el artículo 106 #2 y #4 del Código de la Niñez y Adolescencia vulnera el principio de igualdad?
- ¿De qué manera influye la decisión de los jueces en la aplicabilidad de la norma y no en el acuerdo de las partes?
- ¿Cómo la reforma del Código de la Niñez y Adolescencia se evitará que se vulneren los derechos del menor, de gozar de la custodia compartida de ambos progenitores?
- ¿En qué medida se beneficiará al menor de edad, que el derecho de corresponsabilidad parental sea obligatorio?

## **1.5 Objetivo General**

Analizar como incide la indebida aplicación del derecho de corresponsabilidad parental en el principio de interés superior del menor.

## **1.6 Objetivos Específicos**

- Comparar la normativa nacional y extranjera en lo concerniente a la corresponsabilidad parental.
- Diagnosticar de qué manera el Código de la Niñez y Adolescencia, influye en el principio superior del menor y el principio de corresponsabilidad parental.

- Compilar la información de los jueces especialistas en niñez y adolescencia respecto a la inaplicabilidad del derecho de corresponsabilidad parental en sus fallos.
- Proponer una reforma del Código de la Niñez y Adolescencia para que el derecho de corresponsabilidad parental, la tenencia y la custodia compartida sea obligatoria e impida la vulneración de los derechos del menor.

## **1.7 Justificación**

Esta investigación está plenamente justificada, ya que las resoluciones de varios jueces de los tribunales de justicia en materia de niñez y adolescencia en su mayoría, al momento de emitir el fallo le otorga la tenencia a la madre del menor y la custodia compartida y eso vulnera los derechos del niño, niña o adolescente, priorizando los derechos de la madre. Esto pone en evidencia que la madre tiene ventaja sobre el padre, respecto a la custodia del menor generando de esta manera una violación al principio de igualdad que se menciona en la Constitución y una violación al principio de corresponsabilidad parental.

Es necesario investigar a partir del trabajo de campo, porque los jueces de los juzgados de familia, mujer, niñez y adolescencia, no aplican el derecho de corresponsabilidad parental el derecho de compartir de la presencia de ambos padres en igualdad de tiempo, de economía, de derechos y por ende están vulnerando el principio de interés superior del menor así como también están vulnerando el principio de igualdad al otorgarle la tenencia y la custodia no compartida del menor hasta la edad de 12 años.

A través de encuesta a personas y abogados se ha podido llegar a la conclusión que efectivamente los jueces están emitiendo fallos omitiendo la norma del artículo 100

del Código de la Niñez y a Adolescencia vulnerado los derechos del menor, y vulnerando el principio constitucional de igualdad en el artículo 106 #2 y #4 del Código de la Niñez y Adolescencia, dándole preferencia a la madre la custodia del menor.

La finalidad de esta investigación es que basado en entrevistas, encuesta a personas que han sido vulneradas de estos derechos y a expertos de la materia de niñez, se reforme el Código de la Niñez y Adolescencia de manera de que beneficie plenamente los derechos del menor y no los de la madre ni del padre, que se respete el derecho de corresponsabilidad parental, para que los padres tengan igualdad de derechos como responsabilidades, y para esto es necesario plantear la obligatoriedad de la tenencia y la custodia compartida para salvaguardar los derechos del menor.

De esta manera se beneficiarían los niños de poder compartir de ambos padres en igualdad de tiempo, derechos y economía, se beneficiarían los jueces aplicando la norma y evitar los acuerdos entre partes que muchas veces generan conflictos, se beneficiarían los abogados de libre ejercicio y se beneficiarían los padres que no han podido disfrutar el tiempo necesario con sus hijos.

## **1.8 Delimitación del Problema**

- Campo: Jurídico social
- Área: Niñez
- Aspecto: Jurídico
- Delimitación espacial: Guayaquil
- Delimitación temporal: 2020-2021

## **1.9 Hipótesis o Idea a Defender**

Si se plantea una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para que los jueces emitan sus fallos aplicando el derecho de corresponsabilidad parental, tenencia y custodia compartida de manera obligatoria entonces se dejaría de vulnerar el principio de interés superior del menor y se garantizaran los derechos del menor.

### **Variable independiente:**

Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para que el derecho de corresponsabilidad parental, la tenencia y la custodia compartida sea obligatoria.

### **Variable dependiente:**

Impedir la vulneración del Principio de Interés Superior del Menor y Garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## **1.10 Línea de Investigación Institucional/Facultad.**

Sociedad civil, derechos humanos y gestión de la comunicación.

Derecho procesal con aplicabilidad al género, la identidad cultural y derechos humanos

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1 Marco Teórico (se incluyen los antecedentes)**

##### **2.1.1 Antecedente de la corresponsabilidad Parental**

El derecho de igualdad hace muchos años no eran tan equitativo como lo es ahora. Desde el siglo XX y muchos años antes, se venía contemplando la figura jurídica de la familia conformada por padre, madre e hijos, En donde el papá era la cabeza del hogar, el que debe trabajar, para llevar la alimentación a su familia y la madre era el ama de casa que se quedaba cuidando a sus hijos y estar pendiente en sus necesidades y las necesidades del hogar.

Con el pasar de los años, los tiempos fueron cambiando y las culturas de todos los países del mundo iban cambiando de igual manera al pasar de los años. La mujer poco a poco fue incluyéndose en las labores que años antes solo podría hacer el hombre, es decir que ya a finales del siglo XX y a inicios del siglo XXI, se establecía el derecho de igualdad, en donde la mujer y el hombre tienen los mismos derechos y obligaciones.

Esto provocaba que ya no solo el padre era el encargado de suministrar recursos al hogar, sino también la madre, y en muchas ocasiones se puede apreciar que existen familias en donde la mujer es la que trabaja y el hombre es el que se encarga del hogar y de los hijos.

La realidad dentro de la sociedad latinoamericana concerniente a la figura de la corresponsabilidad familiar; en este caso dentro del ordenamiento jurídico familiar chileno. Evidencia que de las relaciones socio-afectivas de los niños se verán comprometidas con la desintegración familiar, buscando así a través de la corresponsabilidad parental activar de manera positiva dichas obligaciones. (Acuña, 2013).

En algunos países del mundo como España, Suecia, Rusia, etc. y de América Latina Como Chile, México, Argentina, Venezuela, entre otros, establecen que la corresponsabilidad parental consiste en la relación de las madres a ser responsables con sus hijos en las obligaciones que este pueda tener en igualdad de condiciones, es importante para mantener la relaciones afectivas entre padres e hijos después del divorcio y así llevar una buena relación, para que el menor no tenga problemas en su crecimiento, ya que está científicamente comprobada, que al no existir una buena relación entre los padres con sus hijos, el menor puede llegar a tener problemas de conducta en el futuro.

Han presentado la necesidad de aplicar el principio de corresponsabilidad por parte de los padres divorciados con la finalidad de participar en la crianza de los hijos, y, al mismo tiempo solicitar que las personas receptoras de las pensiones alimenticias rindan los debidos informes acerca del dinero que reciben por ese concepto para evitar malversaciones de los fondos, aunque estos se traten de montos mínimos, todo ello mediante reformas al Código de la Niñez y Adolescencia. (Lino, 2018).

En el Ecuador, existe un debate en la actualidad para determinar si la custodia debería ser compartida o No por ambos padres como actualmente está regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, lo cual refleja una inconstitucionalidad y una vulneración al principio de interés superior al menor. Es por ello que se quiere implementar una reforma para que los derechos del menor sean respetados y no sean vulnerados, para que primen los principios de igualdad y de interés superior del menor, ya que solo existe la excepción en caso de que el menor este en situaciones de riesgo.

### **2.1.2 Relación Paterno filial o Corresponsabilidad Parental**

La Constitución de la República (2008), en el artículo 69, incisos 1, 4 y 5, tácitamente expresa: “La protección de los derechos de los integrantes del grupo familiar, y la corresponsabilidad de la madre y el padre respecto de sus derechos y obligaciones hacia sus hijos”(Art 69).

Desde la visión de la carta magna del Ecuador que menciona sobre la corresponsabilidad parental, manifiesta que el Estado garantiza mediante proyectos de familia, a que los padres, tengan el derecho de cuidar al menor en igualdad de condiciones.

“Es decir que, es deber del Estado buscar, mediante programas que apoyen a la familia, inculcar a los progenitores esta corresponsabilidad por igual, y así promover la igualdad de condiciones en el ejercicio de la paternidad” (Grossman, 2012).

En el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 100 menciona que la corresponsabilidad parental, es la responsabilidad que el padre y la madre tienen con el cuidado del menor, en igualdad de derecho y obligaciones con el fin de proteger sus derechos y garantizar su desarrollo.

El derecho de corresponsabilidad parental es la igualdad de responsabilidades y obligaciones que los progenitores deben cumplir con sus hijos, no solo afectivamente, sino también cumpliendo con las obligaciones que corresponden en el cuidado de los menores, esto abarca la educación, la salud, bienestar físico y emocional, en el desarrollo que debe tener el menor de compartir con ambos progenitores, por consiguiente la tenencia y la custodia debe ser compartida por ambos padres para que figure la corresponsabilidad parental;

La corresponsabilidad parental determina que tanto el Estado y la sociedad son corresponsables en los diferentes ámbitos de su accionar, los progenitores, del mismo modo, tiene la responsabilidad primigenia, directa e ineludible de la sobrevivencia de los menores de edad. Es decir, los dos por igual deben asumir esta tarea. Por el solo hecho de existir un hijo en común, no importa si es biológico o doctrinariamente hablando adoptivo, los progenitores responden por su sustento material y moral. (Guerra, 2010).

Por otro lado, los tratadistas, Ferrari y Zicavo (2011), menciona que el menor, necesita del padre y de la madre para saber de dónde proviene, quienes son parte de su familia materna y quien son parte de su familia paterna, sentirse protegido por su familia que será quien incursionará su futuro más adelante.

El hijo necesita al padre para elaborar sanamente su identidad, para saber de dónde

viene y de quiénes proviene; para que se sienta absolutamente seguro y al abrigo de todo tipo de temores; para elaborar su femineidad o masculinidad; para que le explique las cosas de la vida y el funcionamiento del mundo; para tener con quién jugar, de quién aprender, a quien imitar, de quien diferenciarse, con quien pelear, a quien abrazar y con quién salir a conocer el mundo. (p.77).

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (Convención Internacional sobre los derechos del niño y niña, 1989)

Para entender mejor el concepto de corresponsabilidad parental, a continuación, se detalla la versión de algunos autores que refieren a los derechos y obligaciones que deben cumplir los padres con sus hijos.

Lathrop (2008) dice que la Corresponsabilidad Parental es: “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos” (p.22).

La corresponsabilidad parental en las relaciones paterno-filiales, es un tema de estudio muy importante dentro del derecho de familia, esta puede conducir a un cambio positivo en la manera tradicional de como se ha venido dando las relaciones de los padres e hijos tras una separación. (Abeliuk, 2003)

La mayoría de los autores coinciden en su definición de que la corresponsabilidad parental, es el derecho equitativo que deben tener los progenitores con los hijos, en su cuidado, crianza y desarrollo, ya sea viviendo juntos o separados. De tal manera el menor pueda tener la compañía de ambos padres, sin que interfiera sus diferencias personales en caso de estar separados, así proteger y garantizar sus derechos por encima de los derechos de los padres.

### 2.1.3 Divorcio

El divorcio es la separación de una pareja que no ha llevado una convivencia familiar por mucho tiempo. Estos problemas familiares provocan una ruptura y por ende cada persona, conduce su vida con rumbos diferentes después de que estas ya no quieran continuar casados.

Divorcio viene del latín Divortium del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello, señala ya una distribución fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente. (Cabanellas, 2012)

El divorcio es siempre para los hijos una experiencia diferente que, para los padres, la familia en la cual los niños nacieron, crecieron y vivieron toda su vida se muere y cualquiera fueran sus deficiencias, sienten que es la entidad que les brinda el apoyo y la seguridad que necesitan. El ser humano, al nacer, requiere del cuidado de sus progenitores durante mucho más tiempo que cualquier otra especie y los niños son conscientes de esa dependencia. En los divorcios conflictivos ciertos progenitores actúan como si los hijos se trataran de una posesión privada y exclusiva e inducen el alejamiento de los hijos del otro padre, aun cuando esto tenga consecuencias para la salud física y emocional de los niños. (Suarez, 2015).

En una pareja de casados no siempre procrean hijos, pero por lo general las parejas que se casan es porque tienen hijos o porque desean procrear. Sin embargo, al momento de casarse, la pareja no piensa en divorciarse. Tras el divorcio y existiendo hijos de por medio, estos serían los más perjudicados en esa relación, ya que, en la mayoría de los divorcios la pareja generalmente termina de una manera inadecuada, creando conflictos legales, por la custodia y la tenencia del menor, que lo único que quiere, es que sus padres sigan juntos. Esto provoca que el niño no pueda tener la compañía de ambos padres estando divorciados, como cuando vivían juntos, en familia. Con el tiempo esto provoca que el

niño sufra cambios psicológicos y emocionales, tras la ausencia de algunos de los padres, y al no existir una figura paterna o materna constantemente, este empieza a actuar de una manera diferente.

Los efectos que ocasionan una desigualdad de convivencia entre hijos y padres dan como resultado que los niños no presten atención en clase, que sean inquietos, traten de una u otra manera el llamar la atención de los demás, para que sus padres estén más preocupados por ellos. (Granizo (2013)

Estos autores llegan a la conclusión que el divorcio es una de las causas para que el menor, tenga problemas psicológicos, de conducta y muchas veces agresiva, ya que está científicamente comprobado que la separación de los padres puede producir esa falta de amor en los niños y conduce la independencia más célere que otros niños que si han convivido con ambos progenitores.

#### **2.1.4 Divorcio en el Ecuador**

El Código Civil de la República del Ecuador manifiesta que cuando una pareja se divorcia, la madre tiene la custodia de los hijos impúberes. Las niñas hasta que cumplan la mayoría de edad y los niños hasta que alcanzan la pubertad, es decir 12 años, podrán elegir si quedarse con la madre o el padre.

La familia siempre ha sido un elemento para el desarrollo a nivel mundial. Sin embargo, esto ha ido cambiando con el pasar del tiempo, ya que las parejas que contraen matrimonio en la actualidad, se divorcian al muy poco tiempo de casados, puesto que estos no pueden entenderse, motivo por el cual se produce el divorcio y esto genera controversias legales que en un determinado tiempo genera problemas en los hijos dentro de su desarrollo y formación.

Es una problemática a nivel mundial y según la investigación realizada por la CEPAL hay una gran cantidad de divorcios a nivel mundial y latinoamericano;

Los resultados obtenidos ilustran que los sujetos perciben el divorcio como un

punto de inflexión en sus vidas, que forma parte de un largo proceso en el que están presentes diferentes temporalidades, el tiempo personal y el tiempo institucional-familiar, por lo que, a nivel personal, un cambio de estado de unión a divorcio que no venga acompañado por la disolución de la institución.

Las parejas de homosexuales también forman familias monoparentales, en ocasiones mediante la adopción. Estas unidades familiares aparecieron en Occidente en las décadas de 1960 y 1970. En los años 1990 se comenzaron a promulgar leyes en diferentes países, la mayoría europeos, que ofrecen protección a estas familias. (Cáceres, 2018)

Como es de conocimiento general y así lo manifiesto en varios trabajos que he publicado y en el Módulo Derecho de Familia en la Universidad Indoamérica de la cual soy facilitador, en 1895 se estableció por primera vez el matrimonio civil en nuestro país; en 1902 se admitió el divorcio por adulterio de la mujer; en 1904 se aceptaron otras dos causales para el divorcio, esto es: adulterio de la mujer, concubinato del marido y atentado de uno de los esposos contra la vida del otro. El 30 de septiembre de 1910 se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento (García, 2011)

En Ecuador, la familia es importante para el desarrollo de la sociedad, sin embargo, en la normativa ecuatoriana existe muchos vacíos con respecto a la tenencia y a la custodia compartida del menor de edad, puesto que estas vulneran el principio de interés superior del menor, esto es una de las causas que conllevan a las parejas disfuncionales, tras el divorcio disolución de unión de libre a tener conflictos legales en los tribunales de justicia, el cual ha llevado a un problema social, donde el único perjudicado es el menor.

En el 2015 se registraron 25.692 divorcios frente a 11.725 del 2005, un incremento de 119,1%. Mientras, el número de matrimonios cayó 8,9% al pasar de 66.612 en el 2005 a 60.636 del 2015, según los últimos datos del Anuario de Estadísticas de Matrimonios y Divorcios publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos. (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2016)

Esta cifra evidencia que, en el Ecuador, existe una gran cantidad de divorcios y esto se

debe a muchas causales, diferencias en el hogar, infidelidades y mutuo consentimiento. Divorcios que afectan al menor, ya que en el Ecuador como ya se ha mencionado la tenencia y la custodia se le otorga preferencialmente a la madre, salvo en los casos que señala la ley.

### **2.1.5 El Síndrome de Alienación Parental**

El síndrome de Alienación Parental es una realidad que pasa el menor tras la separación de sus padres. Generalmente es provocado por la madre o el que tiene la tenencia y la custodia del menor. Se define como el lavado de cerebro que le hacen el progenitor custodio a sus hijos para que no tenga afecto hacia su otro progenitor. Emitiendo comentarios despectivos, tachándolo de mala persona o inducir a su hijo a pensar que su progenitor no lo quiere, son de las formas en que se genera este síndrome, que tiene por objetivo general el odio hacer el otro progenitor.

El proceso por el cual un progenitor en forma abierta o encubierta, habla o actúa de manera descalificante o denigrante acerca del otro, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar o indisponer al hijo o los hijos contra este otro progenitor. Sus efectos son altamente destructivos en el psiquismo de los menores (Granizo, 2013)

Tipo leve: En estos casos se producen las visitas con el progenitor no custodio, sin que haya grandes episodios de conflicto. La campaña de denigración comienza, pero sus ataques tienen baja intensidad y mínima presencia, los episodios de conflicto entre los hijos y el progenitor son poco frecuentes, las expresiones emocionales son afectivas y positivas, los sentimientos de culpa y malestar ante los conflictos con el progenitor alienado están presentes. El hijo muestra un pensamiento independiente, aunque apoye puntualmente al progenitor alienador, asumiendo su defensa en su ausencia.

Tipo Moderado: Las visitas con el progenitor no custodio comienzan a ser conflictivas, sobre todo en los momentos de la entrega de los hijos, siendo habitual episodios de enfrentamiento. La campaña de denigración intensifica sus ataques, siendo de carácter sutil y de intensidad baja. Su espaciamiento en el tiempo se acorta, así como se

extiende a distintas esferas o ámbitos que antes no contemplaba. Las razones que los menores dan para justificar estos ataques aumentan en frecuencia e intensidad.

Tipo Severo: La denigración es extrema. Las visitas con el progenitor que no vive con los hijos, comienzan a ser imposibles, ya que siempre se buscará pretextos para no dejar salir a los hijos. Los sentimientos de odio o rechazo hacia el progenitor alienado son extremos, mientras que el otro progenitor es defendido y amado de modo absoluto e irracional, por encima de cualquier razón. (Aguilar, 2016).

En el Ecuador son innumerable los casos que se puede constatar que los niños, niñas y adolescentes viven bajo este síndrome, en los cuales son manipulados generalmente por los padres con los que viven y así crecer generando un odio hacia el padre no custodio. Muchos de estos niños al intentar llevar la contraria a la madre son agredidos física y psicológicamente para que obedezca, lo cual provoca problemas emocionales en el desarrollo del menor, que tendrán como resultado un niño rebelde con el pasar de los años. Debido a este acto egoísta del progenitor custodio, es que muchos niños se niegan a ver a sus padres, lo que provoca que no pueda compartir el mismo tiempo que comparte con la madre y de esta forma verse perjudicado tanto el padre como el niño que no puede disfrutar de la compañía ni del amor de ambos.

El Síndrome de Alienación Parental consiste en el conflicto que mantienen los padres por la custodia de los hijos, así como, la influencia en la conducta de los adolescentes que provienen de hogares desestructurados.

Actualmente, el divorcio, o separación de las parejas conyugales ha provocado que el sistema y estructura familiar se encuentre afectada por los cambios de funciones y roles que cada miembro de la familia cumplía anteriormente, produciendo conflictos en varias esferas de la familia y repercutiendo de manera perjudicial en los distintos ámbitos psicológico, social y económico. El Síndrome de Alienación Parental, fue propuesto por Richard Gardner en (1985) (citado por Bolaños, 2008) como un “desorden” que surge principalmente en el contexto de las disputas legales sobre la custodia de los hijos. Su manifestación primaria es la campaña de denigración de un hijo hacia uno de sus progenitores, una campaña que no tiene justificación. El hijo está esencialmente

preocupado por ver a un padre como totalmente bueno y al otro como locontrario. El “padre malo” es odiado y difamado verbalmente, mientras que el “padre bueno” es amado e idealizado. (Espinosa, 2013)

### **2.1.6 Principio de interés superior del menor**

O’ Donnell (2004) manifiesta que: “Se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca a su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad” (p. 151).

El Código de la Niñez y Adolescencia (2003), manifiesta que: Es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (Artículo 11).

De igual forma la Constitución de la República del Ecuador (2008), manifiesta que: El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas. (Artículo 44)

El principio de interés superior de los niños, niñas y adolescente, es el principio general y fundamental de los derechos de los niños. Es uno de los principios más utilizados en los operadores de justicia, sin embargo, no son aplicados de la manera correcta por los jueces de la familia, niñez y adolescencia, vulnerando muchas veces sus derechos.

Preservar el interés superior de los niños y niñas es una obligación primordial de la administración pública y de todo el Estado en general, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que se genera una obligación insoslayable para proteger, fomentar y desarrollar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. La nueva concepción concentrada en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes tuvo sus orígenes en el sistema anglosajón, adopción Asístanse Act de 1980

de los Estados Convención sobre los Derechos de los niños y niñas de las Naciones Unidas de 1989, y en TheChildren Act de 1989 en Inglaterra, en donde se destaca la regulación primordial sobre el interés superior de los niños y niñas como primacía de su interés de protección integral en la esfera pública y privada.(Convención Internacional, sobre los derechos del niño y niña,1980)

El derecho de los niños está garantizado y protegido por la Constitución de la República y por los tratados internacionales, ya que dentro de una familia son los seres más vulnerables del hogar, por eso la necesidad de preservar este principio y respetar los derechos de los niños, niñas y adolescente.

Interés por el menor es un principio rector de todas las legislaciones del derecho moderno en relación con la aplicación a la doctrina de protección integral plasmada principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, forma parte integrante entonces la obligación de los Estados Partes respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

El Derecho de Familia, como instituto jurídico especial, se ocupa de regir las relaciones jurídicas entre las personas unidas por vínculos del parentesco, de donde viene a constituirse en el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones familiares. Sus normas son imperativas porque pertenecen al orden público. Al igual que cualquier otra manifestación del Derecho, puede hablarse en un doble sentido, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo, los derechos de la familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar; en ese entendido, los derechos subjetivos familiares, son considerados como las facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares. (Cárdenas, 2013)

Tanto la Legislación Ecuatoriana como la legislación internacional reconoce el principio

de interés superior del niño como un principio fundamental para la protección del menor.

El principio del interés superior del niño, posee un total reconocimiento universal y es por tal motivo que ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional General. La concepción del interés superior del niño inviste una compleja circunscripción, ya que se trata de un código difuso con un alcance total; que en teoría debe aplicarse cuantas veces favorezca al menor y que, además, posee orden de prevalecerla frente a cualquier otro derecho que se le coteje. (Vizuet, 2016).

### **2.1.7 Principio de Corresponsabilidad Parental**

La Convención Internacional de los derechos de los niños, (Convención Internacional de los derechos de los niños. 1989) reconoce el principio de corresponsabilidad parental como uno de los más importantes para proteger los intereses del menor, dicho artículo menciona lo siguiente:

“Art. 18 numeral 1.- Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (...)”. (Convención Internacional de los derechos de los niños. 1989)

Zambrano (2017) en su tesis titulada “Tenencia Compartida: Una reforma en igualdad de condiciones para los padres y la legislación comparada”, citando al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 y a la Sentencia No. 048-13-SCN-CC, 2013, expresa que:

De igual manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, manifiesta en el artículo 23 numeral 4, donde define que los Estados tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos progenitores, adoptando disposiciones que aseguren la protección del menor (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). (p. 14)

En estos tratados internacionales se expone claramente, el principio de la corresponsabilidad parental como un aspecto equitativo para ambos padres y no solo de la madre, como se ha ido presentando en los últimos años, ya que, gradualmente el aparato judicial del Ecuador ha pretendido corregir mediante sentencias y proyectos de ley reformativos a la legislación de menores (Sentencia No. 048-13-SCN-CC, 2013). (p. 14).

Teniendo en cuenta estas definiciones tanto de la Convención Internacional de los derechos de los niños y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, podemos mencionar que el principio de corresponsabilidad parental es un derecho que debe ser de obligatoria aplicación por parte de los operadores de justicia para que los progenitores equitativamente puedan compartir la custodia y la tenencia del menor.

### **2.1.8 Principio de igualdad**

Abel (2008), menciona que: “La igualdad es un principio que se encuentra reconocido a nivel mundial y nacional, consiste en un derecho que poseen todos los seres humanos, en ser tratados de la misma manera, es decir que todos poseemos derechos y obligaciones.”

El derecho a la igualdad está contemplado en la carta magna, no solo en la legislación ecuatoriana, sino también en la Internacional. La igualdad es el derecho que todos los ciudadanos deben tener, tanto hombre como mujeres, son iguales para trabajar, para estudiar, para jugar, para aprender, para hacer lo que la persona desee, a menos de las prohibiciones establecidas en determinado lugar.

En el Derecho de Familia el principio de igualdad, al inicio se mantuvo muy vulnerado, ya que existía un modelo de familia patriarcal, donde el hombre, es decir el esposo o marido era quien tomaba las decisiones en la familia y respecto a los bienes de esta. Actualmente ya se ha empezado a incorporar criterios de igualdad en las relaciones de familia. Belluscio (1977)

En materia de familia, La igualdad es fundamental para que un hogar sea fructífero. En el siglo XX, esto no sucedía, ya que en esos años se tenía como costumbre muy

generalizada, por cierto, que el hombre trabaje y la mujer se quede en el hogar cuidando de los hijos, sin embargo, con el pasar de los años esto fue cambiando, la mujer poco a poco fue accediendo a derechos que antes no los tenía. En la actualidad, el derecho de igualdad es más notorio, ya que ahora son hombres y mujeres quienes trabajan.

Si bien es cierto, el derecho de igualdad entre hombres y mujeres se ha respetado en estos últimos años, pero en el campo de la familia no sucede igual. Ya que al momento de cuidar a los hijos no se respeta el principio de igualdad para que el padre tenga los mismos derechos con la madre del menor en igualdad de condiciones, vulnerando así el principio constitucional del interés superior del menor, al discriminar al hombre para que también tenga la custodia compartida del menor, al igual que la madre.

### **2.1.9 Patria Potestad**

La patria potestad son los derechos y obligaciones que tiene el progenitor a quien el juez le haya otorgado dicho poder en la audiencia de juicio.

En el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) establece que: La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley. (Artículo 105).

El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 106 numeral 2 establece que la patria potestad se le otorgará a la madre en caso de no llegar a un acuerdo con el padre, se le otorgará la tenencia a la madre, si el menor tiene menos de 12 años, e igual manera manifiesta en su numeral 4, que, si ambos progenitores demuestran que son capaces en igualdad de condiciones de tener la tenencia del menor, se preferirá a la madre. Esto evidencia claramente una preferencia a la madre al otorgarle la patria potestad y la tenencia del menor, vulnerando el principio de interés superior del menor y el principio de igualdad.

Algunos autores que han escrito diferentes revistas y libros con respecto a la patria

potestad, estableciendo lo siguiente:

“En la revisión de la literatura, se han recogido diversos conceptos sobre la patria potestad; donde se la define como el derecho y deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.” (Reyes, 2010).

“De igual manera se define como un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento, educación y crianza.” (Rodríguez, 2014).

En este sentido, se hace hincapié en que, el sostenimiento, educación y crianza constituye un derecho de los padres, pero imponen al mismo tiempo obligaciones. Los progenitores tienen el derecho de cuidar y educar a sus hijos, pero al mismo tiempo tienen la obligación de hacerlo. (Lártiga, 2012)

Se entiende que la patria potestad es un derecho y un deber de los padres que cuenta con una determinación irrenunciable, intransferible e intransmisible, que se debe instituir en función del interés superior del menor. (Gonzales, 2014)

A pesar de que la patria potestad es una institución de orden público, generalmente irrenunciable, pueden excusarse de su ejercicio los que tengan más de sesenta años cumplidos o aquellos que, por mal estado de salud crónica, no pueden atenderla debidamente. (Holguín, 2008)

Por tal razón, el precepto que define a la patria potestad implica no solo derechos, sino que, principalmente involucra deberes que tienen como prioridad la protección del menor; siendo incluso el Estado un inspector sobre la forma que se ejerce la autoridad paterna y sancionador, debido a la admisión de correctivos, inclusive de orden penal para los padres que no cumplen debidamente sus obligaciones. (Lasarte, 2011).

La mayoría de los autores definen a la patria potestad como los derechos y obligaciones

que los padres deben tener con sus hijos, en crianza, desarrollo, salud, educación, bienestar, entre otros factores que hace que el niño crezca en un ambiente sano. Sin embargo, no mencionan sobre la individualidad y preferencia que se le da a la madre como en el Código de la Niñez y Adolescencia, establece en su artículo 106 numeral 2 y 4.

Dicho artículo menciona que la madre tiene la preferencia con el menor hasta la edad de los 12 años, si es que estos no han llegado a un acuerdo de quien tendrá la patria potestad y que después de los 12 años, se le otorgara la patria potestad, al progenitor que demuestra que tiene mejores condiciones de cuidar al menor de edad, sin embargo, en caso de que los dos demuestren condiciones para cuidar al menor, también se le otorgara la patria potestad a la madre. De tal manera que no hay una igualdad de derechos para que el padre pueda tener el derecho de tener la patria potestad de su hijo.

#### **2.1.10 Tenencia**

La noción de tenencia compartida surgió como una consecuencia del desequilibrio de los derechos parentales en una cultura que desplaza al menor como centro de su interés, dentro del contexto de una sociedad de tendencias igualitarias. La nítida preferencia reconocida a la madre para la tenencia, ya venía siendo criticada como abusiva y contraria a la igualdad entre los géneros. (Alessio, 2005)

La Tenencia es la acción en donde ambos progenitores tienen que tener, ser responsables por el cuidado de sus hijos. Pero, en la legislación ecuatoriana solo se le concede la tenencia a uno de los progenitores, el cual es el responsable del cuidado permanente hasta que alcance la pubertad y pueda elegir con quien progenitor desea quedarse.

La crianza compartida posee el objetivo de garantizar a ambos Padres derechos parentales, y así facilitar la participación paterna en las funciones y decisiones de crianza, además de construir un fácil y frecuente acceso al hijo por parte del Padre no tutor. Pero por sobre todas las cosas, la crianza compartida garantiza que los hijos no pierdan a ninguno de sus Padres bajo circunstancia alguna, poniendo de relieve en primer lugar, el interés superior del niño a contar con ambas personas y fortalecer el vínculo necesario para el

desarrollo de la vida y personalidad de los hijos. (Ferrari y Zicavo, 2011).

La terminología de tenencia es inadecuada, pues no se trata de una “ocupación y posesión actual y corporal de una cosa” sino que el vocablo “guarda” es el aceptado desde cualquier ángulo que se lo contemple. La guarda, jurídicamente tiene una mayor amplitud que la mal denominada tenencia, aun cuando en la práctica forense se los tenga como sinónimos. La guarda, entonces, comprende el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y / o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a su alimentación, vestido y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual. (Veléz, 2007).

En el Ecuador, muchos niños viven bajo la tenencia de la madre y no del padre. Es decir, no existe una tenencia compartida, debido a las normativas que establece el Código de la Niñez y Adolescencia. Sin embargo, también depende mucho de las parejas, de los padres, compartir la tenencia de sus hijos en diferentes aspectos, pero generalmente no siempre están de acuerdo en compartir la tenencia del menor.

### **2.1.11 Custodia Compartida**

Compartir la custodia significa formular un acuerdo a partir de las circunstancias particulares de cada familia, para que hijas e hijos tengan los espacios necesarios, en términos de calidad y cantidad que les permitan construir una identidad sólida, íntima y equitativa con ambos padres, y que les facilite a los padres el ejercicio solidario y conjunto de las labores de cuidado y crianza. (Restrepo, 2006).

La custodia Compartida es la Responsabilidad que le concede un juez a los progenitores para que se hagan cargo de la tenencia de los hijos en igualdad de tiempo, obligaciones y responsabilidad, para garantizar sus derechos establecidos en la Carta Magna. En la Legislación Ecuatoriana no existe la Custodia Compartida como tal, ya que El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 106 numeral 2 y 4 que señala de la patria potestad manifiesta que en caso de no llegar a un acuerdo se le concederá la patria potestad a la madre. Por lo tanto, en el Ecuador existe la Custodia No Compartida que generalmente se le concede a la madre, generando una vulneración a los principios constitucionales.

La participación parental en la atención y cuidado de los hijos es una cuestión que siempre importa a padres y madres, y particular y explícitamente, en el momento de la separación entre ellos y después de la misma. El patrón de participación de los padres y madres en la crianza de los hijos no se resuelve en los grupos familiares de una vez por todas, ni como un modelo inamovible a lo largo del ciclo vital de la familia. La búsqueda de alternativas de distribución de las Responsabilidades parentales genera conflictos de diferente índole en el devenir familiar. Esa búsqueda exige negociaciones constantes que tendrán características particulares según cada momento. Según las investigaciones sociológicas, conductas y actitudes sociales respecto a la participación de los padres en la atención de los hijos no se corresponden, pero los cambios sociales acontecidos en ese ámbito durante las últimas décadas son evidentes. (Buenaventura, 2011).

La relación de ambos padres efectivamente genera un mejor crecimiento y desarrollo, ya que, basándose en los ejemplos de los padres, a la crianza y los valores que se le otorga, él tiene una forma de pensar diferente a la que tendría un niño, donde sus padres están divorciados y no tiene una buena relación con el menor.

En cualquier conflicto de custodia es crucial que no se pierda de vista la importancia de tomar decisiones basadas en el mejor interés del menor y la importancia de las relaciones con sus progenitores, pues las decisiones que se toman afectarán el desarrollo de del niño y/o adolescente, así como la relación familiar de varias maneras cruciales durante los próximos años. (Borda, 2008)

La participación del padre y de la madre es importante para el crecimiento de los niños, niñas y adolescentes, ya que al faltar uno de ellos genera varios problemas psicológicos en el menor, por eso la Custodia Compartida, es importante después de un divorcio o de una separación, en donde se debe salvaguardar los derechos del niño por encima de los derechos del padre o de la madre. Al no existir la custodia compartida en el Ecuador, para que tenga acceso a la custodia del menor, el padre debe demandar al progenitor custodio argumentando que vive en situaciones de peligro para lograr obtener la custodia.

#### **2.1.12 Ventajas de la Custodia Compartida.**

No se pone en duda la bondad de estas fórmulas de ejercer la custodia cuando son fruto del diálogo de la pareja, de una buena gestión de su ruptura y del consenso respecto a lo que más conviene para sus hijos. Pero el contexto judicial, de sancionar este tipo de acuerdos, ¡se ocupa! De los casos en los que precisamente esas condiciones no están presentes, esto es, rupturas contenciosas en las cuales las partes han delegado en los jueces su capacidad para buscar soluciones a sus disensos. En particular los asuntos que suelen derivárenos para valoración, revisten alta conflictividad, y con frecuencia las parejas en ellos inmersas no diferencian suficiente los planos marital y parental y muestran actitudes escasamente cooperativas. Por ello desde la perspectiva del psicólogo forense la custodia compartida, en especial cuando se pretende convertir en la norma general, resulta controvertida. La comunicación aborda algunos de los dilemas psico legales que plantearía la aplicación diríamos “casi automática” de esta fórmula en los litigios de custodia: (Gonzales, 2013).

La custodia compartida es un tema que trae mucho interés en diversos autores, ya que cada uno muestra sus puntos de vista, algunos a favor y otros en contra. Si bien es cierto la custodia compartida es obligatoria, pero en el Ecuador no lo es. Ya que expresamente establece la norma que se le da preferencia a la madre para que sea poseedora de los derechos del menor hasta la pubertad. Sin embargo, el juez invita a las partes a que lleguen un acuerdo, pero no de la custodia, sino del régimen de visitas, alimentos y todo lo que conlleva las responsabilidades que ambos padres tienen con el menor. Ahora bien, si la custodia compartida es obligatoria en el Ecuador, se debería tener en cuenta los factores de seguridad, ya que el niño puede sentirse perjudicado con algunos de los padres, entonces el juez tendría que considerar las condiciones de peligro en que se encuentre el menor para otorgar la custodia a uno de los progenitores.

Las ventajas de que la custodia sea compartida, permitirán que los padres compartan de forma equitativa e igualitaria todos los derechos, las obligaciones y responsabilidades que los progenitores tienen con sus hijos en su etapa de crecimiento.

Siendo obligatoria la custodia compartida, de esta manera también se puede obtener una

buena relación como padres para que su hijo pueda crecer con una buena imagen de sus padres, y no en conflictos como generalmente sucede.

### **2.1.13 Desventajas de la Custodia Compartida**

No somos partidarios de un régimen de guarda y custodia compartida. No nos imaginamos a la menor pasando una semana con el padre y otra con la madre, o un mes con cada uno de ellos; desde el punto de vista psicológico estamos seguros de que no sería bueno para la hija, porque nunca llegaría a centrarse, por lo que esta solución la rechazamos de plano. (Morgan, 2017).

Si bien es cierto la Custodia Compartida es una forma de respetar el principio de igualdad, el principio de corresponsabilidad parental, y el principio de interés superior del menor. Sin embargo, los jueces consideran que no beneficia al menor, vivir una semana con el padre y otra con la madre, porque no tendrían una forma de pensar centrada, al cambiar de domicilio semana a semana por el cual rechazan la custodia compartida.

Bolívar en su artículo publicado en el *Heraldo* que tiene como título: *Denuncian maltrato de niño de 9 años por parte de su padrastro*, menciona que:

Un niño de 9 años le manifestó a su papá el pasado jueves a mediodía, que el padrastro lo estaba maltratando, luego de que este le preguntara sobre las marcas en su pierna izquierda y en su espalda, mientras que lo estaba bañando para llevarlo al colegio.

Por eso fue hasta la casa donde el menor vivía junto a su madre, su padrastro y su abuela materna y que está ubicada en el sector Las Américas y lo llevó hasta Fredonia, en el sector La Isla.

El pequeño fue abordado por su padre y tras insistirle que le dijera qué le pasó, este le confesó a su papá que, su padrastro lo agredía constantemente y que “a veces usaba varitas de totumo, o de puyas para pegarme”, le dijo el menor a su papá.

Además de eso, expresó el niño que en algunas ocasiones también lo tomaba del cuello y lo levantaba para tirarlo en la cama. Y las marcas que delataron los presuntos maltratos por parte del padrastro, fueron hechas según el infante, con una correa de cuero

mojada.

Una vez conocieron la versión del caso, Germán se dirigió a la casa de la ex compañera sentimental y tras insultar a ella y a su nueva pareja, salió con dirección a la Casa de Justicia de Chiquinquirá para interponer el denuncia.

Y tras llevar al niño hasta Medicina Legal para su valoración, fueron hasta las instalaciones de la Fiscalía para poner la respectiva denuncia por las agresiones físicas sobre la menor edad. Su padre espera que se haga justicia en torno a la situación. (Bolívar, 2017)

Casos como estos existen muchísimos a nivel mundial, no solamente en el Ecuador. Niños que no quieren convivir con los progenitores, debido a que la pareja actual de su conviviente, los maltrata, los agrede, los insulta, los golpea, ya sea del padre o de la madre.

Las desventajas de la custodia compartida según algunos tratadistas podrían ser las siguientes:

**Maltrato psicológico, físico y sexual por parte del padrastro o madrastra:** Esta es una de las desventajas de que la Custodia sea Compartida en el Ecuador, debido a que después del divorcio o la terminación de unión de hecho, cada pareja rehace su vida con otras personas, dejando al niño, niña o adolescente, someterse a un régimen de visitas del progenitor NO CUSTODIO, ocasionando que la pareja actual del progenitor CUSTODIO, sienta repudio hacia el hijo de su conviviente, porque no quiere ver al padre de su hijo, visitando el hogar donde él ahora vive, provocando también el rechazo hacia el menor, maltratándolos, golpeándolos, insultándolos, agrediendo, incluso abusando física, psicológica y hasta sexualmente de los niños, que sufren y que muchos padres no están enterados por el miedo del menor a ser maltratados nuevamente o incluso ser amenazados en que el daño se lo va a hacer a algún miembro de la familia si ellos llegan a decir algo.

Es por eso que se debe integrar un programa de protección para que los niños, sean rescatados de la CUSTODIA, de estos malos padres, que maltratan y abusan, de aquellos menores que por miedo a que los golpeen, prefieren guardar silencio en lugar de decir que

su padrastro le está maltratando, golpeando, acosando o abusando sexualmente.

**Alienación Parental:** Otra de las desventajas de que la custodia sea compartida es la alienación parental. Es cuando el padrastro le prohíbe a la madre del menor, que el padre vaya a visitar a la familia, y si no hace caso el padrastro va a tomar represalias contra la madre y contra el menor, el alejamiento total dispuesto por el padrastro a la madre para que el progenitor custodia impida visitar a la familia. En pocas palabras la alienación parental es el odio que genera el progenitor custodio y su nuevo conviviente, a su hijo, contra su padre, diciéndole cosas que lleguen al repudio hacia el progenitor no custodio y para que de esa manera no pueda visitar a su hijo.

**Costumbres disfuncionales:** Otra de las desventajas de que la custodia sea compartida, es no estar de acuerdo para que el menor viva con cada progenitor, turnándose las semanas, porque las costumbres de los progenitores, son distintas, y no siempre llegan a una totalidad de acuerdo por cuanto cada uno tiene su manera de educar a sus hijos y tienen diferentes cosas que realizar en sus labores diarias. Cosas que para un padre está mal visto y para el otro progenitor está bien como, por ejemplo: La hora en que tiene que levantarse o acostarse el menor, pueda que para un padre le guste que su hijo se duerma temprano, sin embargo, el otro padre le permite quedarse hasta largas horas de la noche viendo televisión, entonces cuando el niño, no hace caso, el progenitor no custodio lo ve como un acto de indisciplina. De esa manera lo que para uno está bien, para el otro es un acto de indisciplina.

**Economía:** El factor monetario o económico de los ingresos, de uno o de ambos progenitores, es otra de las desventajas de que la custodia sea compartida, ya que por la economía que está atravesando el mundo, ambos progenitores no cuentan con los recursos necesarios para aportar de igual forma a las necesidades que requiere ese niño, niña o adolescente.

### 2.1.14 Formas de Custodia Compartida

Campuzano Tome, menciona que no está de acuerdo que el menor tenga que vivir cada semana con unos de los padres y que no se debería considerar en qué lugar de residencia vivirá el menor, ya que la custodia compartida trata de que el menor pueda compartir de ambos padres, y así conseguir una disponibilidad de tiempo, espacio y economía que puedan tener los padres.

Los elementos de la custodia compartida que los progenitores deberán tener en cuenta para estar con sus hijos podrían ser los siguientes:

- **Tiempo de los padres:** La disponibilidad de tiempo que posean los dos progenitores para que estos puedan llegar a un acuerdo de compartir la custodia del menor.
- **Distancia del domicilio de los padres:** El domicilio de los padres no debe ser de otro cantón o provincia.
- **La Economía que cada progenitor posee:** Los ingresos que posee cada progenitor para que puedan ser adquiridos en igualdad de condiciones para el beneficio del menor
- **La edad de los hijos:** A partir de los 5 años, la custodia será compartida.
- **Horario de la escuela de sus hijos y su ubicación:** Los progenitores llegarán a un acuerdo para que puedan dejar y recoger a sus hijos en los centros educaciones, en igualdad de tiempo

Todos estos elementos se deberían tomar en cuenta para que la custodia sea compartida tanto para la madre y el padre y la forma de custodia compartida serían las siguientes:

#### **2.1.14.1 Custodia Compartida Sincronizada**

Según el tratadista Vásquez Iruzubieta establece que este tipo de custodia es importante para que los padres tengan una buena relación para que los hijos sean los únicos beneficiados, ya que con este tipo de custodia compartida sincronizada, el niño seguirá viviendo en el domicilio que siempre ha vivido, pero a la vez también puede seguir conviviendo con su padre y su madre y por eso es necesario que los padres tenga una madurez adecuada y psicológica para que el menor pueda percibir ese amor y cariño de sus padres.

#### **2.1.14.2 Custodia Compartida permanente de los hijos en el hogar.**

Este tipo de custodia, consiste en que los padres se alternen para convivir con el menor sin que este se mueva de su domicilio, así evitar que el niño, niña o adolescente conviva una semana con el padre y otra con la madre.

En este caso, son los padres los que cambiarían de domicilio periódicamente y de esa manera no perjudicar al menor y que estos salgan beneficiados, y así no se vulneraría ninguno de los derechos tanto del niño como de los padres

Pero esta forma de custodia compartida exige una responsabilidad a los padres tanto en el cuidado de sus hijos, como en la economía, ya que, si bien es cierto esto beneficiaría a los niños, pero perjudicaría un poco a los padres, ya que obliga a tener una economía suficiente, ya que cada padre debería tener una casa, en el tiempo que no convivan con sus hijos.

Pero esta forma no resultada beneficiosa porque la economía ecuatoriana, no es tan buena para mantener este estilo de vida, es una economía pobre.

### **2.1.14.3 Custodia Compartida sin lugar de tiempo de los padres**

En este tipo de custodia obliga a que el menor conviva con unos de los padres, ya que el otro necesita extraer recursos económicos para así contribuir con los gastos que genera tener un hijo.

En este caso el niño vivirá con unos de los progenitores que no esté trabajando, mientras el otro tal vez no coparte el tiempo, pero siempre es responsable de las necesidades y obligaciones que su hijo representa.

### **2.1.15 Aspectos que el juez debe tomar en cuenta al momento de otorgar la custodia compartida y respetar la aplicación de la norma**

Es por ello que, la reforma de igualdad de condiciones para los padres en el ejercicio de la tenencia compartida, debe considerar el interés superior del niño como el centro de la legislación al momento de evaluar los escenarios que podrían derivarse de las relaciones entre padres e hijos, y entre ambos padres como elementos del ejercicio de la patria potestad. (Vega, 2015)

Los jueces deben tomar en cuenta que el centro de atención en materia de niñez y adolescencia son los niños, no los padres, por ende, la custodia compartida se debe considerar con el interés superior del menor y aplicar las diferentes formas de custodia compartida mencionada anteriormente para que este pueda salir beneficiado.

### **2.1.15.1 La edad de los niños.**

Para que el juez pueda otorgar una custodia compartida primero tiene que considerar la edad del niño o de la niña, ya que el menor necesita del apoyo total de su madre, durante los primeros 5 años de vida, para que, se ocupe de su vestuario, de su alimentación, de sus medicinas, cuando se encuentre enfermo. Cosas que solo la madre puede atender las necesidades de su hijo o hija, hasta ellos estén físicamente confortables, y de esa manera ambos tengan el derecho de compartir la custodia en igualdad de condiciones.

### **2.1.15.2 En divorcios de mutuo acuerdo**

En los divorcios de mutuo acuerdo el juez debe considerar mucho al momento de otorgar la custodia de los padres, que ambos progenitores estén de acuerdo en compartir en igualdad de tiempo, condiciones y economía para con sus hijos y las responsabilidades que este genera.

### **2.1.15.3 En divorcios Controvertidos**

En los divorcios controvertidos, donde siempre hay una disputa por quien se queda con el menor, el juez tiene que ser muy riguroso y exigente en respetar la norma, en otorgar la custodia compartida fijando un tiempo en igualdad forma tanto para la madre y como para el padre y así evitar que la tenencia y la custodia este permanente con uno de los progenitores que este caso es la madre.

Solo en caso de que el menor esté en peligro, se le otorgara la custodia a uno de los progenitores, pero los jueces deben ser detallados y percibir si el menor no esté inducido con el síndrome de alienación parental.

La madre debe primero prevalecer, el amor materno, por encima de esa relación sentimental por otra persona, darle la importancia o espacio que su hijo requiere, porque si la madre no pone sus límites, ahí el padrastro va a abusar al menor. Para que exista custodia compartida, debe prevalecer el amor de madre hacia el hijo.

#### **2.1.15.4 En disolución de unión de hecho**

Lo mismo que en los divorcios controvertidos, solo que en este caso los padres no estarían casados, pero los jueces deberían aplicar la misma norma para que el menor no sea el perjudicado

#### **2.1.16 Criterios que el juez debe tomar en cuenta para otorgar la custodia compartida.**

El juez al momento de otorgar la custodia compartida debe tomar en cuenta ciertos aspectos:

- Economía de los padres: Que la Economía de los padres sea proporcionada en igualdad de condiciones.
- Acuerdo de los padres: Que los padres estén de acuerdos en los días y horas en que se dividirán la custodia.
- Domicilio de los Padres: Que el domicilio de los padres sea dentro del cantón donde residen.
- Estabilidad laboral de los padres: Que los padres demuestren que tienen ingresos suficientes para las necesidades que requiere el menor.
- Disponibilidad de tiempo de los padres: Que ambos progenitores consten con el tiempo necesario para compartir la custodia.
- Declaración del menor en las audiencias de juicio.: El juez deberá escuchar la opinión del menor para comprender la situación de cómo vive con sus progenitores.

Para que el juez pueda otorgar una custodia compartida el juez debe considerar estos aspectos, ya que no siempre los padres manejan la misma, economía, tiempo,

Responsabilidad y obligaciones, por ende, al momento de otorgar la custodia debe escuchar a ambas partes para saber cómo desean compartir estas responsabilidades.

Ahora bien, de todos los aspectos ya mencionados el último es uno de los más importantes La Convención sobre los Derechos del Niño. (Convención sobre los Derechos del Niño,1989), expresa: Tanto el derecho nacional como internacional sostienen que es obligación y deber del juez escuchar a los niños, así lo sugiere la Organización de las Naciones Unidas en la ficha técnica No. 2-12 de la Convención de los Derechos del Niño, que, al respecto, señala que el menor tiene derecho a la expresión cierta de sus opiniones y puntos de vista en reunión y relación con las demás personas de su entorno.

El Código de la Niñez y la Adolescencia. (2014) expresa:

Del mismo modo, el derecho nacional, al momento de referirse al principio supra constitucional del interés superior del niño, señala que nadie podrá invocar dicho principio contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del menor involucrado que esté en condiciones de expresarla. (Artículo 11-12).

La opinión del niño es muy importante para que los jueces al momento de otorgar la custodia a los progenitores, determinará en qué condiciones se encuentra el menor, si está bien de salud, físicamente, psicológicamente, si lo tratan bien, si no sufre necesidades económicas, etc... De esta manera al escuchar a los niños los jueces emiten un veredicto basándose en lo que dicen, pero deben tener mucho cuidado, ya que en muchas ocasiones los niños son manipulados para que den una versión despectiva de su otro progenitor y de esta manera hacerle pensar al juez que no es buen padre para tener la custodia del niño.

Para esto es necesario la intervención de él o la trabajadora social, quien es la que se encarga de visitar el domicilio de ambos progenitores para verificar en qué condiciones viven los niños, con los padres, si cuentan con las necesidades que un niño debe necesitar en su hogar, también es importante la intervención de él o la psicóloga para que pueda entrevistarse personalmente con el niño y los padres y así comprobar si está siendo maltratado, o agredido por algunos de sus progenitores u algún tercero.

### **2.1.17 Compilación de sentencias de los jueces en materia de familia donde evidencia la inaplicabilidad del derecho de corresponsabilidad parental y su vulneración al principio de interés superior del menor.**

En Ecuador en los últimos años, se ha presenciado una problemática enorme en los juzgados de materia de familia, ya que son muchos los casos en donde se ha podido apreciar la injusticia por ciertos operadores de justicia, al otorgarle la tenencia y la patria potestad a la madre, cuando el padre también está preparado para tener la tenencia y tiene igual o mejores condiciones económicas para darle una mejor vida a su hijo o hija que con la que tiene con la madre, sin embargo los jueces de familia, amparado en lo que establece el artículo 106 del código de la niñez y adolescencia el cual es inconstitucional, contrario al principio de corresponsabilidad parental y vulnera al principio de interés superior del menor, no aplican de forma correcta el derecho de corresponsabilidad parental y esto se evidencia en las siguientes sentencias que mostraré a continuación.

**Proceso: de TENENCIA Proceso # 09209 -2018-5609** ACTOR: EDWIN SATLIN CARPIO SANCHEZ, DEMANDADO: KATHERINE MELINA SANCAN PIN SEGUNDO JUAN AMAGUAÑA SATAN, KATTY JANETH TIGUA SANCHEZ REPRODUCCION DE LA PRUEBA PARTE ACTORA copia de la fotografía donde se aprecia laceraciones por ciada en la cara de mi hijo, copia de fotografía donde demuestra la insalubridad en la uñas, test psicológico de mi hijo, recetas y consulta médicas, fotografía de mi hijo con escoriaciones en su cuerpo, certificado médico otorgado por el centro de salud, solicitud de cuenta del Departamento técnico de la Unidad judicial para que realice la investigación pertinente, pericia de la trabajadora social Prueba testimonial DECLARACION DE PARTE DEL SEÑOR ACCIONANTE SEÑOR EDWIN SATLIN CARPIO SANCHEZ.- Solicitamos la tenencia de mi hijo no se encuentra viviendo en un entorno familiar adecuado, la madre no lo cuida bien, la señora KATHERINE MELINA SANCAN PIN tiene dos hijos, quiero vivir su vida con el niño, desde chiquito lo han dejado en otra casa porque lo señores se habían ido de viaje, yo vivo a cuatro cuadras donde vive la madre, el cuidado es de parte y parte, mi hijo tiene una conducta sexual diferente, los hermanode ella consumen droga

DECLARACION DE PARTE DE LA SEÑORA DEMANDADA KATHERINE MELINA SANCAN PIN lo que le molesta al señor porque yo lo demande por pensión de alimentos, yo trabajo cuido a dos niños en un consultorio, tengo que trabajar, mi hijo lo cuida mi mama, no le pido na el, no me danada, lo que él le moleta que quiere tener al niño para ni pasar alimentos, en la época in vernal hace mucho calor, cuando lo, conocí era el consumidor de droga tuvieron en un centro de rehabilitación de un hijo, yo cuido 2 niño y la señora no me dice nada las vista son cuando él tiene libre Alegato final de la demandada efectivamente queda demostrado que no existe ningún factor de riesgos,, la acción planteada de conformidad con el art 118 no tiene asevero legal, por lo que señora juez solicito se declare sin lugar la demanda planteada, así como el equipo técnico recomienda que el niño siga con su madre 5.-RESOLUCION DE LA JUEZ Es revisado la prueba de ambas partes son pruebas con la sana critica, en cuantos a los testigos me dicen que están bien, con todas los antecedente, le hago un llamado para que para que declinen de tanta demanda, en este estado declaro sin lugar la demanda de tenencia propuesta por el señor EDWIN SATLIN CARPIO SANCHEZ en contra de la señora KATHERINE MELINA SANCAN PIN, se le advierte si el niño le pasa algo será responsable penal y civilmente la madre y la abuelita que la partes reciban terapias Psicológica en el Centro de salud más cercano de su domicilio.

En este caso se puede evidenciar que el padre es quien solicita la tenencia de su hijo por que ha logrado presenciar que su hijo no se encuentra bien de salud, que tiene golpes, no está bien cuidado, ha presentado testigos que certifican que la mama no lo cuida de buena manera, se ha presentado un informe del departamento psicológico donde manifiesta que el niño tiene problemas, no se le ha tomado la versión al menor para que le haga saber al juez que es lo que tiene, que le está pasando o con quien se quiere ir a vivir, esto evidentemente existe una vulneración al principio de interés superior del menor, por cuanto no se está respetando los derecho del niño y se está ignorando completamente el derecho de corresponsabilidad parental al otorgarle la tenencia del menor a la madre a pesar de las condiciones que está viviendo.

- 1) **N. Proceso: 09209-2018-05987** Divorcio por, el señor JORGE LUIS CASTRO MOREIRA, para demandar en juicio de DIVORCIO POR CAUSAL a la señora ROCIO FERNANDA PILAY PONCE. FUNDAMENTOS DE HECHO:

“...Voluntariamente decidí abandonar mi hogar formado con la demandada y me mude a un pequeño departamento, Durante nuestro matrimonio procreamos hijos tres hijos que responden a los nombres de María Fernanda, Jorge Alfonso y Salma Isabel Castro Pilay, la primera mayor de edad y los dos últimos de 16 y 14 años de edad en su orden. Al respecto de los hijos procreados en común por los cónyuges, dado que al establecerse el divorcio se debe también dejar establecido la situación socio económica de los hijos menores de edad procreados dentro del matrimonio, se hace mención lo señalado por la Constitución de la República del Ecuador, que regula en el Art. 69. “1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.”; esto en relación de lo previsto en el Art.102 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, que señala. “Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas. Afectivas, espirituales e intelectuales...”. Debiendo tener en claro que el derecho de alimentos subsiste a un en los casos que el alimentado y el obligado convivan bajo el mismo techo. En tal sentido, es indudable que se debe hacer prevalecer las garantías y derechos constitucionales de los cuales gozan los niños, niñas y adolescentes; pues tanto el padre y la madre son responsables directos del cuidado, crianza, educación, alimentación desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, y más aún cuando por alguna razón o circunstancias no están juntos para compartir responsabilidades propias de los progenitores y de la vida cotidiana de sus vástagos. En vista de ello acogiendo la propuesta del actor y estando de acuerdo la curadora Ad-liten, en representación de los adolescentes, se considera que la tenencia quede con la madre, las visitas sean abiertas para el padre y que el actor cancele la pensión mensual de doscientos dólares, por cuanto lo señalado no transgrede las normas expresamente establecidas en las leyes que rigen el derecho de familia, arts. 44, 45 de la Constitución de la República del Ecuador en relación con los artículos Imnumerados 4, 5, 9, 16 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. En relación a los hijos procreados dentro del matrimonio se RESUELVE: Los adolescentes JORGE ALFONSO y

SALMA ISABEL CASTRO PILAY quedan bajo el cuidado y tenencia de su madre la señora ROCIO FERNANDA PILAY PONCE; Las visitas quedan abiertas para que el padre pueda departir con sus hijos cuando ha bien lo considere y colabore con el desarrollo general e integral de sus hijos.- Se fija como pensión alimenticia la cantidad de 200,00 dólares mensuales más beneficios de ley, que el señor JORGE LUIS CASTRO MOREIRA, deberá cancelar a favor de sus hijos los primeros cinco días de cada mes. La madre de los menores a la brevedad posible presente copia de la libreta bancaria de ahorros para que sea vinculada al SUPA, y por ende el Pagador de esta Unidad Judicial asigne el código respectivo para el depósito y cobro de pensiones alimenticias establecidas.

En este caso se puede evidenciar claramente que el juez amparado en los artículos Innumerados 4, 5, 9, 16 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. Le otorga la tenencia de los hijos a la madre, sin mencionar en ningún momento el artículo 100 que habla del derecho de corresponsabilidad parental, vulnerando esta manera el principio de igualdad establecida en la constitución, ya que se puede observar que le otorgar la tenencia a la madre porque así lo establece el código de la niñez y la adolescencia ignorando la constitución y los tratados internacionales que protegen el interés superior del menor, ya que de esta forma se lo está vulnerando porque al mantener un régimen de preferencia materna en los niños se impiden que los padres y las madres gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos, por ende al no cumplirse la corresponsabilidad parental, el artículo 106 numerales 2 y 4 del código de la niñez y adolescencia es discriminatorio y consecuente inconstitucional.

**No. Proceso: 09209-2018-05979** en la cual las partes arribaron a un acuerdo respectoa las visitas de los niños IAN JEREMY MOROCHO URIÑA Y IBRAHIM ZADQUIEL MOROCHO URIÑA: PRIMERO.- RESUELVE: Aceptar el compromiso arribado por las partes, esto es en respetar el acuerdo contemplado en el acta de mediación No. 1132-2016, donde se regula las visitas a favor de los niños IANJEREMY MOROCHO URIÑA Y IBRAHIM ZADQUIEL MOROCHO URIÑA, de la siguiente forma: cada quince días, los fines de semana, el padre de los menores el día sábado recogerá a sus hijos en el hogar materno a las 09H00 y los retornará a las 18H00. Así mismo, el día domingo, el padre recogerá a sus hijos en el hogar materno a las 09H00 y los retornará a las 18H00. Tanto las

entregas como reintegros de los niños, serán entre las partes y el lugar de encuentro será en el domicilio materno, ubicado en el cerro del Carmen, Calle Rómulo Salazar, entrando por la torre de CNT, séptima casa, de esta ciudad de Guayaquil. En caso de presentarse algún inconveniente, para que uno de los padres pueda efectivizar este horario, lo comunicará por vía telefónica o personal a la otra parte con previa anticipación. Las partes se comprometen a velar por el bienestar integral de los menores, mientras cada uno de ellos los tenga bajo su responsabilidad.

En este caso se puede evidenciar lo que pasan en Ecuador con los problemas de familia, ya que después del divorcio, las parejas se separan, la madre se queda con los hijos y el padre es el que está obligado a pasar una cantidad de dinero económico y someterse a un régimen de visitas, el cual muchas madres no hacen cumplir y lleva a un juicio de regulación de visitas en el que terminan acordando nuevas fechas para las visitas, causando vulneración al derecho de corresponsabilidad parental y el derecho de igualdad, porque no hay igualdad entre padres de familia con los hijos al momento de tener la custodia de quien se debe quedar el menor, se están vulnerando los derechos de corresponsabilidad parental y el de los menores porque se les hace un daño al no tener a ambos padres en igualdad de tiempo y condiciones, sometiéndose al régimen de visitas que queda establecido. Si existiera la custodia compartida como muchos países ya la están aplicando, en un juicio se establecería todos los acuerdos en igualdad de condiciones tanto para el padre como para la madre de cómo deben cuidar al hijo de forma equitativa, dividiendo, días, horas, momento, economía, todo de forma igualitaria, y el que no cumpla pues se le quita la custodia y se somete a un régimen de visitas, pero ya no tiene derecho a la custodia compartida a menos de que demuestre ser apto para hacerlo.

## 2.2 Marco Conceptual

**ABUSO:** Abuso es la inflexión de algún tipo de daño que puede ser tanto físico como psíquico y que, generalmente, tiene lugar y razón de ser gracias al poder que la persona que provoca o materializa el abuso tiene sobre aquella a la cual se lo produce, ya sea por una superioridad material que lo protege y le da esa fuerza sobre el otro, o bien por la sistemática amenaza de que algo malo le va a ocurrir si no accede a ese accionar abusivo.

<https://www.definicionabc.com/general/abuso.php>

**AFINIDAD:** La afinidad consiste en tener ciertas cosas, animales o seres humanos, características comunes, siendo la afinidad total, una perfecta igualdad, que permite una total coincidencia. Entre las personas nunca existirá una afinidad total, pues cada uno tiene su propia esencia y personalidad que lo convierte en uno y único.

<https://deconceptos.com/general/afinidad>

**ALIENACIÓN PARENTAL:** La tipificación de la alienación parental que se sugiere con el presente proyecto en nuestro ordenamiento jurídico es una forma objetiva de aplicar el principio en mención, es un paso adelante en la búsqueda del bienestar de los niños, niñas y adolescentes, cuyos padres decidieron separarse, debido a que invita a los hijos a continuar manteniendo vínculos con las dos ramas familiares, aspecto esencial en su desarrollo; sean cuales fueren las relaciones entre los padres, el hijo necesita querer a su padre y a su madre, para desarrollarse emocionalmente en buenas condiciones. (Valdiviezo, 2017, pág. 19).

**CORRESPONSABILIDAD PARENTAL:** La corresponsabilidad es un concepto jurídico relativamente reciente, en el Derecho familiar, que se ha desgajado de la corresponsabilidad parental para explicar la continuidad del ejercicio conjunto de derechos y deberes parentales. (<https://books.google.com.ec/books?isbn=8491480749>)

**CUSTODIA:** Acción de custodiar. (Cabanellas, 2011).

**DIVORCIO:** El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De

igual manera no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado. Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge. (Congreso Nacional, 2005).

**FAMILIA:** El estudio de la familia ha sido abordado por diferentes ciencias a partir de las particularidades de cada una de ellas y de sus intereses específicos. El estudio de los grupos familiares como elementos y eslabones del sistema social, permite estudiar la familia no por lo que es en sí, sino en relación con la totalidad. (www.medisucior.sld.cu › Inicio › Vol. 6, núm. 1(2008).

**FILIACION:** La filiación es el vínculo que une al hijo con sus progenitores, relación que despliega una serie de derechos y obligaciones. Hay que tener en cuenta que la filiación jurídica y biológica no tiene por qué coincidir.

<https://www.conceptosjuridicos.com/filiacion/>

**INTERES SUPERIOR DEL MENOR:** El interés superior del menor es un derecho subjetivo de los niños y un principio inspirador y fundamental de los derechos de los que son titulares, que posee un propósito protector de los menores debido a su especial.

[www.redalyc.org/pdf/4027/402744477004.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/4027/402744477004.pdf)

**NIÑO:** El niño no es solamente una persona sino un concepto, en el hecho que toda cultura tiene su propia idea y expectativa particular del niño. De este modo, el concepto del niño en una cultura motivada por la adoración a los ancestros es radicalmente diferente al concepto de la cultura actual. El niño nace en una cultura y es amado y honrado en tanto que cumple las expectativas de esa cultura.

[http://contra-mundum.org/castellano/rushdoony/Concept\\_Child.pdf](http://contra-mundum.org/castellano/rushdoony/Concept_Child.pdf)

**PERSONA:** La persona para el derecho es, en suma, aquel ser inteligente y libre que ostenta un dominio sobre sí mismo y sobre sus actos, en cuanto es considerado protagonista esencial de la vida del derecho y centro en torno al cual se construye y estructura el ordenamiento jurídico. En pocas palabras: el ser humano mirado desde el prisma jurídico.

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502007000200005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200005)

**PUBERES:** Quien ha llegado a la pubertad/ edad en la que se supone a la persona humana con aptitud fisiológica para concebir o procrear. (Cabanellas G., 2011)

**Régimen de visitas:** El régimen de visitas, tras una separación o divorcio con hijos menores, constituye un derecho y a su vez una obligación para el progenitor que no ha obtenido la guarda y custodia de su hijo o hijos.

<https://www.conceptosjuridicos.com/regimen-de-visitas/>

**TENENCIA:** La mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual. La Tenencia es la acción en donde ambos progenitores tienen que tener, ser responsables por el cuidado de sus hijos. (Cabanellas G.,2011).

**PATRIA POTESTAD:** Conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes en igual período. (Ossorio, 1973).

## **2.3 Marco Legal**

### **2.3.1 Constitución de la República del Ecuador.**

Constitución de la República del Ecuador del (2008), Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. (Art.11)

Constitución de la República del Ecuador del (2008), “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (Art. 44)

Constitución de la República del Ecuador del (2008), El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos” (Art. 69)

Constitución de la República del Ecuador del (2008), “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten” (Art. 83)

La Constitución de la República del Ecuador, en los artículos ya mencionados con anterioridad, reconoce a la familia como un factor importante para el desarrollo de la sociedad y de la cultura ecuatoriana. Y dentro de la constitución también menciona la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y las garantías que estos tienen para que esos derechos no se vean vulnerando, salvaguardando siempre el principio de interés superior del menor, es por eso que el estado apor to ciertas medidas de protección, para protegerlos de todos peligro y violencia que ellos puedan tener en el lapso de su niñez, así mismo menciona que son deberes y responsabilidades de los padres proteger y cuidar a sus hijos en educación, salud, vivienda entre otros factores que aporten al desarrollo de estos. Y por último y no menos importante nos habla de los derechos de igualdad que todos ciudadanos debería tener, sin discriminación alguna, y en materia de niñez es muy importante, ya que no se estaría respetando este principio constitucional al no tener una custodia compartida del menor.

### **2.3.2 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Niña, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.**

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Niña, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989” Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. ” (Art.18).

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y Niña, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Establece de una forma general e internacional, los derechos y garantías que los niños deben tener, para la protección de sus derechos y que estos no sean violentados. Nos habla que tanto como el estado, como los padres son los responsables de garantizar y proteger los derechos de los

niños, para que estos, crezcan en lugares donde puedan desarrollarse y no sufran necesidades alguna ni violencia por algunos de los progenitores.

### **2.3.3 Código de la Niñez y Adolescencia.**

Código de la Niñez y Adolescencia (2014); Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Art.8)

Código de la Niñez y Adolescencia (2014); El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente

Código de la Niñez y Adolescencia (2014); Corresponsabilidad parental. - El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes. (Art.100)

Código de la Niñez y Adolescencia (2014); Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad. 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o hija”

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. (Art. 106)

Hablar de niñez dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, es muy amplio, ya que la razón por la que existe este código es por los niños y para proteger y garantizar sus derechos. Ahora bien, dentro del primer bloque de artículos en los que hace referencia a los derechos, y garantía que tiene los niños por parte del estado y de sus padres para que estos no sean vulnerados ni violentados y así garantizar que se respete el principio de interés superior del menor, debemos mencionar que los niños tienen la prioridad absoluta al momento de definir cualquier conflicto entre sus progenitores, brindándole protección en cada momento y lo más adecuado para que el niño tenga una vida sana, así mismo el niño tiene derecho a conocer y a compartir con ambos padres como lo menciona el artículo 21, tiene derecho a convivir con una familia que le dé un ambiente de paz y no de

problemas. El estado se encargará de proteger sus derechos y preservar el principio de interés superior del menor como lo menciona el artículo 11 del código de la niñez y adolescencia

El Código de la Niñez y Adolescencia no solo nos habla de los niños y sus derechos que deben ser protegidos por el estado y los progenitores, sino también nos habla del derecho que tiene los padres con sus hijos, así mismo sus derechos y obligaciones, pues si bien es cierto son deberes y obligaciones de los progenitores estar siempre al tanto del bienestar de sus hijos, en educación, salud, alimentación, bienestar, desarrollo y crecimiento, no basta simplemente compartir mensual una cantidad de dinero, sino también son obligaciones de los padres estar pendientes todo momento de sus hijos, así como lo establece el artículo 29, 101 y 102 del código de la niñez y adolescencia. Pero de la misma forma que existe deberes y obligaciones de los padres con sus hijos, también se vulnera los derechos de uno de los progenitores en el artículo 100 la corresponsabilidad parental, donde establece que tanto la madre, como el padre tienen igual de responsabilidad en el cuidado, la crianza y educación de los hijos, ya que no se cumple en la práctica, debido a que el juez le otorga la patria potestad, tenencia y custodia a la madre, así lo establece el artículo 106 numeral 2 y 4 donde menciona que se la una preferencia a la madre con los hijos, discriminado al padre a no ser dueño de la custodia de sus hijos y vulnerando el derecho de corresponsabilidad parental y vulnerando el principio constitucional de igualdad, al dejar que el padre se limite a un horario de visitas semanalmente y a un pago mensual de alimentos.

#### **2.3.4 Código Civil.**

Código Civil (2015) La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia. (Art.283)

El Código Civil en concordancia con el Código de la Niñez y Adolescencia manifiestan lo mismo, y eso consiste en que a la madre se le otorga el cuidado de los hijos impúberes,

mientras al padre solo se le asigna una pensión de alimentos mensual y un régimen de visitas periódicamente establecido, nuevamente vulnerando el principio de interés superior del menor y el principio de igualdad establecidos en la constitución.

### **2.3.5 Código Orgánico General de Procesos.**

Código Orgánico General de Procesos (2016); Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento sumario: El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho. (Art. 232

En el Código Orgánico General de Procesos establece los casos que se realizan en procedimiento sumario y en el artículo 332 numeral 4 específicamente detalla los casos de divorcio contencioso, alimentos, tenencia y visitas que se llevaran a cabo con los requisitos de la demanda que establece el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos.

### **2.3.6 Legislación Comparada**

#### **POSTURAS EN LATINOAMÉRICA.**

Entre los países de Latinoamérica que más precautelan el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como principio fundamental en sus leyes se encuentran, México, Bolivia, República Dominicana. A continuación, se explicará de qué manera cada uno de estos países ha incorporado en su legislación el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (Granizo, 2013).

#### **MÉXICO**

El artículo 4 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (2015), establece que “en todas las decisiones y actuaciones del estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Además, menciona que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral” (inc. 4to).

#### **REPÚBLICA DOMINICANA**

Artículo 56 de la Constitución de la República Dominicana (2010), menciona que la familia, la sociedad y el estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente; que estos tendrán la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

#### **ESTADOS UNIDOS**

La tenencia de los menores tiene principios manifestados en el derecho anglosajón, en Estados Unidos se conoce con el nombre de shared custody, y es aplicada en las parejas que se divorcian. (Newman, 2012)

## **ARGENTINA**

La legislación argentina ha establecido la figura de tenencia compartida, bajo el precepto jurídico de custodia compartida o responsabilidad parental en conjunto, tipificado en el Código Civil, basándose a la reforma del 25 de septiembre de 1985 (Código Civil Argentino, 1985). La ejemplificación oportuna para este documento surge de una sentencia dada en el año 2008, donde la Cámara de Apelación de lo Civil de Buenos Aires, resolvió la corresponsabilidad del ejercicio de derechos y obligaciones de un padre que no tenía acceso a visitas por causa de impago en transacciones de dinero por manutención, y que mediante la figura de la custodia compartida, el Juez pudo ordenar la equidad e igualdad de condiciones para ambos progenitores al ejercicio pleno de la responsabilidad parental; con ello, se impuso un modelo de legalidad que evidencia la equiparación de derechos entre hombres y mujeres, padres y madres (Sentencia No. 85.890, 2014). Este fallo marca los lineamientos del derecho comparado argentino, con los cambios que se están proponiendo en la legislación ecuatoriana, como una figura que dará paso a la prevención de la vulneración de derechos y garantías constitucionales en el ejercicio de la patria potestad, la tenencia compartida, y el derecho superior del menor como elemento fundamental para las iniciativas legislativas.

## **POSTURAS EN EUROPA**

### **SUECIA**

La custodia cuando los padres se divorcian de una manera obligatoria y equitativa, y únicamente en aquellos casos que esta normativa vaya en contra del interés del menor el tribunal disolverá esta figura jurídica. (Ringqvist 2009).

### **FRANCIA**

De acuerdo a la ley de autoridad, se elimina el concepto custodia y se lo reemplaza por coparentalidad. Este país se consideró que la custodia monoparental es discriminatoria para las mujeres y los hombres. Esto consiste en que los progenitores, presenten un plan de mutuo acuerdo en lugar de que los tribunales decidan sobre el futuro de los hijos. (Morandé, 2008).

## ESPAÑA

La legislación española ha definido la figura de la tenencia, como guarda compartida, en el artículo 92, incisos 5, 6 y 7 de su Código Civil, donde establece el ejercicio en igualdad de condiciones para la tenencia, sobre una solicitud de propuesta de convenio regulador o un acuerdo mutuo como resultado del proceso legal. Es decir, que los progenitores pueden acordar la tenencia compartida de manera extrajudicial, pero con efectos jurídicos, o pueden consensuarlo mediante un proceso o juicio (Código Civil del Reino de España, 1974).

Los tribunales de justicia poco a poco están dictando sus resoluciones en el sentido de ir aplicando el sistema de guarda y custodia compartida como el sistema preferente, y solo en aquellos casos en los que no sea posible su aplicación, se procederá a adjudicar la custodia a uno de los progenitores y al otro un régimen de visitas normalizado. Por ejemplo, se puede destacar la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la Sentencia nº 18/2013 de 25 de marzo, donde se declara que la custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca del interés del menor, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin. El Derecho foral de dicha comunidad autónoma establece este régimen como preferente frente al criterio general establecido en el Código Civil. (p.4).

En la distinta casuística jurisprudencial podemos encontrar resoluciones como la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4746), donde se establece una custodia compartida por semanas para el padre y la madre. Este criterio de custodia compartida se acuerda por nuestro Alto Tribunal en contra de las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Madrid y de la Audiencia Provincial de Madrid que establecieron la guarda y custodia para la madre. Criterio que nos lleva a pensar en un cambio jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo a la hora de aplicar regímenes de custodia diferentes a los tradicionales, más acordes con los tiempos actuales y con las nuevas formas de vida y de trabajo y relaciones sociales. Adoptar un sistema de custodia compartida por semanas supone que previamente entre los cónyuges debe haber

habido una buena relación y una correcta comunicación para poder llevar a cabo la misma. Ello es debido a que los cambios por semanas de los menores de un domicilio a otro deben hacerse y estar previstos para que los mismos no sufran ningún trastorno en su cotidiana forma de vida y su adaptación al nuevo régimen de vida sea lo menos traumático posible. Para ello, los domicilios de los progenitores deben tener una cierta cercanía y una adaptación para los menores de forma similar en cuanto a sus espacios de estudio, así como que exista cercanía con el colegio. Evidentemente, esto se puede evitar si el régimen de custodia semanal se lleva a cabo en el mismo domicilio familiar y son los progenitores los que entran y salen del mismo cada vez que les corresponda ejercer la custodia de sus hijos. Esta forma va a suponer un mayor trastorno para los cónyuges, pero para los menores va a ser más beneficioso porque no van a ver alterada su forma de vida ni su estancia en el hogar familiar, pudiendo desarrollar la misma vida en la medida de lo posible que estaban llevando a cabo antes de la ruptura de sus padres. Criterio seguido actualmente por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sus Sentencias núm. 135/2017 de 28 febrero (JUR 2017\53344) y la núm. 110/2017 de 17 febrero (RJ 2017\483). (p.5).

En los países ya mencionados con anterioridad se practica la custodia compartida y la corresponsabilidad parental, algunos de manera obligatoria, otros extrajudicialmente y por conciliación, pero siempre salvaguardando el interés superior del menor.

En país de América latina como Venezuela, México, Bolivia, República Dominicana, Chile y Argentina, han mantenido que la custodia compartida debe ser obligatoria para velar el principio de interés superior del menor y garantizar la protección de sus derechos. En estos países la relación paterno-filial o corresponsabilidad parental es muy accesible, ya que ambos progenitores establecen horarios, tipos y salarios en los que puedan cumplir con los deberes y obligaciones de sus hijos de una forma equitativa.

En países de Europa como España, Francia, Italia, Suecia y Estados Unidos, practican la custodia compartida, en sus legislaciones, donde establecen de igual manera que las normativas anteriores ya mencionadas, que la tenencia y la custodia de los padres con los niños deben ser de forma igualitaria estableciendo parámetros judicialmente o extrajudicialmente, pero siempre obligatoria para que puedan cumplir con los hijos, las

responsabilidades y obligaciones que este genera, exceptuando los casos en que los hijos puedan estar sometidos a algunos peligro.

En Ecuador aún se mantiene el conflicto de intereses entre debatir sobre si la custodia debería ser compartida o no. Por el momento la custodia que mantenemos en el Código de la Niñez y Adolescencia es la No compartida, lo cual genera que el principio de interés sea vulnerado y además que también existe discriminación con el progenitor que no tiene la custodia compartida, ya que se le está vulnerando el derecho de igualdad al no otorgarle la custodia como otras legislaciones internaciones lo han hecho.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.1 Metodología**

En este trabajo de investigación Jurídico-Dogmático, se utilizará el método Exegético y el método Sistemático, en virtud de que se analizará, descifrára e interpretará lo que el legislador quiso decir en su normativa, así manifiesta Gabriel Álvarez Undurraga (2002) en su libro “Metodología de la Investigación Jurídica hacia una nueva perspectiva” citando Witker, donde menciona lo siguiente:

El método exegético utiliza los elementos gramaticales, semánticos, extensivos, etc. La tarea del intérprete y del investigador es tratar de descifrar lo más auténticamente posible lo que el legislador quiso decir; luego, se considera a la norma como algo perfecto y estático. Al juez le corresponde la función silogística y mecánica de aplicar la ley.

El método sistemático recurre para interpretar e investigar el Derecho a los siguientes elementos: a) tipificarla institución jurídica a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación, y b) determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece. (Undurraga, 2002).

De esta manera poder llegar a una conclusión y poder cuestionar lo que la normativa establece y lo que los jueces aplican basándose a su análisis e interpretación, para de esa manera comprobar si están aplicando de manera correcta o no la norma, para protección y beneficios de los niños, niñas y adolescentes.

## 1.2 Tipo de investigación.

Los tipos de investigación que se utilizarán en este tema relacionado con la materia de la niñez y adolescencia son los siguientes:

**EXPLORATORIA:** En esta investigación, el investigador va a explorar un objeto de su estudio, su acercamiento es de observador para identificar sus características particulares. Esta investigación reúne información de temas pocos conocidos u estudiado, analizado, ni aplicado. En este caso el investigador explorará todo lo concerniente a la Custodia Compartida, ya que es un tema que no ha sido investigado en el Ecuador.

**CORRELACIONAL:** En esta investigación, el investigador tiene como finalidad, identificar variables del objeto de estudio y hacer una relación entre las variables, conceptos, casos. Etc. En este caso podría analizar la relación entre la custodia compartida y la No compartida

**EXPLICATIVA:** En esta investigación, el investigador va a explicar el fenómeno de estudio, en donde el investigador, ya ha investigado, ya ha estudiado, ya ha recolectado la información necesaria, y ahora el propósito es explicar el caso de cómo se originó el problema de estudio

**PROYECTIVA:** En esta investigación, el investigador elaborará una propuesta como una solución a un problema o necesidad del caso práctico, a partir de un diagnóstico preciso de las necesidades del momento.

### **1.3 Enfoque.**

El enfoque que se utilizara en esta investigación, será según su naturaleza, ya que en este tema se recolectará, datos estadísticos y opiniones, con el fin de que, a raíz de esas respuestas, se obtenga un resultado en la investigación.

Es por este motivo, que en esta investigación es necesario utilizar el enfoque Mixto, con el fin de obtener datos estadísticos de personas y abogados que se sientan familiarizados con el tema y entrevistas a expertos que nos puedan aportar con su opinión respecto al tema.

**ENFOQUE MIXTO** El enfoque de investigación que utilizaré en mi investigación es el enfoque mixto, ya que involucra la utilización de teorías, así como datos descriptivos mediante entrevistas (enfoque cualitativo) y la recolección de datos a través de estadísticas mediante encuestas (enfoque cuantitativo), estos dos enfoques nos ayudaran a responder el planteamiento del problema, y así comprobar la hipótesis planteada.

Se utilizará este enfoque por el motivo de que en Ecuador existe una amplia información, tanto cualitativa como cuantitativa, de personas, abogados, jueces y especialistas en materia de la niñez, que se sienten familiarizados o incluso perjudicados por el tema de la Tenencia y Custodia No compartida con los menores y también sobre la desigualdad que existen en estos casos. Es por ello que es necesario realizar este enfoque para así, tener una información amplia de varias personas para llegar a un resultado.

### **1.4 Técnica e instrumentos.**

En este tema de investigación se realizarán diferentes técnicas para poder obtener un resultado detallado de la investigación.

**Técnica de Encuesta:** En este tipo de técnica tiene como objetivo, elaborar una formulación de preguntas con el tema que se está tratando en la investigación, con el fin que las personas, en especial padres de familia que se sientan identificados con la problemática y profesionales de derecho, puedan responder basándose a su conocimiento y experiencia, y así saber lo que piensan u opinan respecto a este tema

**Técnica de Entrevista:** En este tipo de técnica, es un poco más profundo, ya que su finalidad es obtener la respuesta de expertos en la materia de niñez y adolescencia, en especial de los jueces que a diario emiten sus fallos, con respecto a lo relacionado con la tenencia, custodia, alimentos, visitas, y así saber, la razón de sus sentencias, el motivo de sus fallos y tener una información amplia y motivada de aquellos jueces y así poder llegar a una conclusión del tema y cuestionar si es correcto o no su aplicación.

**Técnica de Diálogo:** En este tipo de técnica, nos permite relacionarnos con los usuarios, abogados y especialistas de la materia de niñez, una información más detallada, de lo que piensan, de lo que opinan, de lo que han vivido basándose a su experiencia, y de esa manera poder comprender las vivencias de cada persona con respecto a este tema.

## 1.5 Población

La población que se utilizara en esta investigación es del foro de Abogados de la provincia del Guayas y se tomara como muestra a los profesionales del derecho inscritos en el colegio de abogados de la provincia de Guayas, dando como resultado un total de 16469 de profesionales del derecho matriculados.

**Tabla 1**

***Población de Encuesta.***

UNIVERSO	CANTIDAD	PARTICIPACIÓN
Foro del Colegios Abogados de la Provincia del Guayas	16.469.	100%

Fuente: Consejo de la Judicatura-hasta el 20-02-2021

Elaborado por: Zanzzi (2019)

## 1.6 Muestra.

Al universo tomado como población en la presente investigación, se aplicó la siguiente fórmula para población finita

$$n = \frac{z^2 \cdot p \cdot q \cdot N}{(e)^2(N - 1) + z^2 \cdot p \cdot q}$$

Dónde: Fórmula para la extracción de la población a encuestar extraída del siguiente sitio web:

<https://www.feedbacknetworks.com/cas/experiencia/sol-preguntar-calcular.html>

n: Muestra

N= Tamaño de la población = 16.469

$z^2$ : Nivel de Confianza (95%) = 1,96<sup>2</sup>

$e^2$ : Margen de Error (5%) = 0,05<sup>2</sup>

p: Probabilidad de Éxito (50%) = 0,5

q: Probabilidad de Fracaso (50%) = 0,5

$$n = \frac{1.96^2 \times 0.5 \times 0.5 \times 16469}{(0.05)^2(16469 - 1) + 1.96^2 \times 0.5 \times 0.5}$$

$$n = \frac{15816.8276}{42.1304}$$

$$n = 375.425$$

$$n = 375$$

## 1.7 Análisis de resultados

### 1.7.1 Encuestas: análisis y resultados

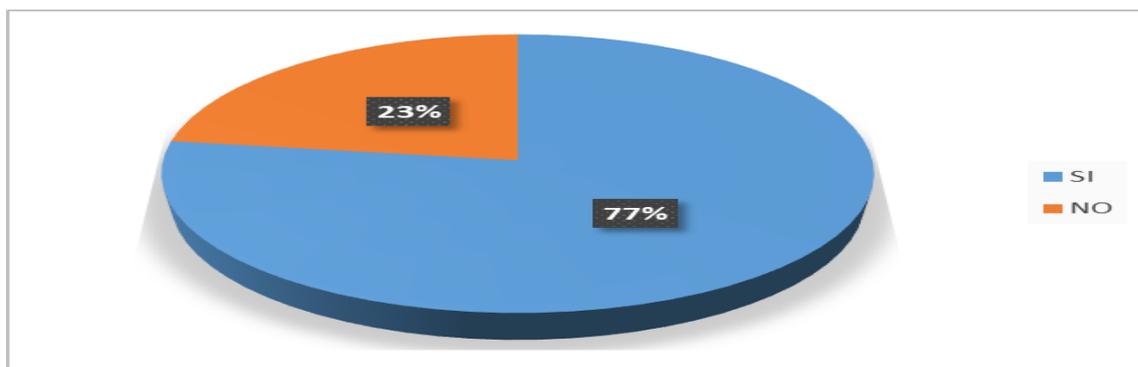
**Pregunta No. 1.** ¿Sabe usted el significado de lo que es la corresponsabilidad parental?

**Tabla 2**  
*Concepto de corresponsabilidad parental*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	290	77,33%
No	85	22,67%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



*Gráfico 1 sabe usted el significado de lo que es la corresponsabilidad parental*  
**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

#### **Interpretación del Gráfico 1**

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 77% de la población encuestada considera que Sí, conoce el concepto de corresponsabilidad parental, en contraposición con un 23% que No conoce de que se trata. Sería bueno que los abogados hagan saber a los jueces lo que menciona el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia para que se tome en consideración la igualdad de derechos y obligaciones que los padres deben tener con sus hijos.

**Pregunta No. 2. ¿Conoce usted en qué consiste el principio de interés superior del menor?**

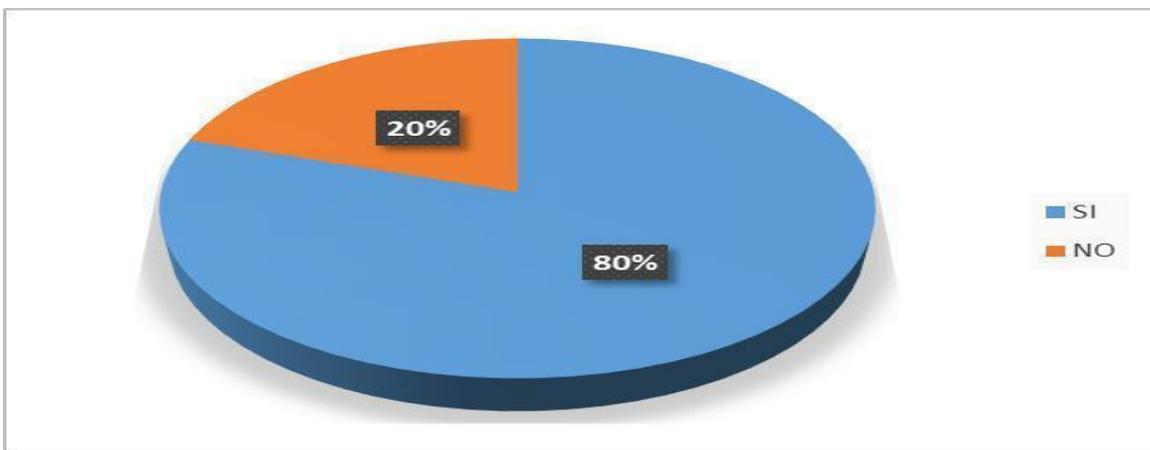
**Tabla 3**

*Concepto del principio de interés superior del menor.*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	300	80%
No	75	20%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



*Gráfico 2 Conoce usted en qué consiste el principio de interés superior del menor*

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

**Interpretación del Gráfico 2**

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 80% de la población encuestada considera que Sí, conoce en que consiste el principio de interés superior del menor, en contraposición con un 20% que No conoce en que consiste el principio de interés superior del menor. Los abogados deben recomendar a los jueces en materia de familia, prevalecer el principio de interés superior del menor proponer, a través del colegio de abogados, organizando foros. Etc. Para que los jueces prevalezcan los derechos del menor por encima de los padres.

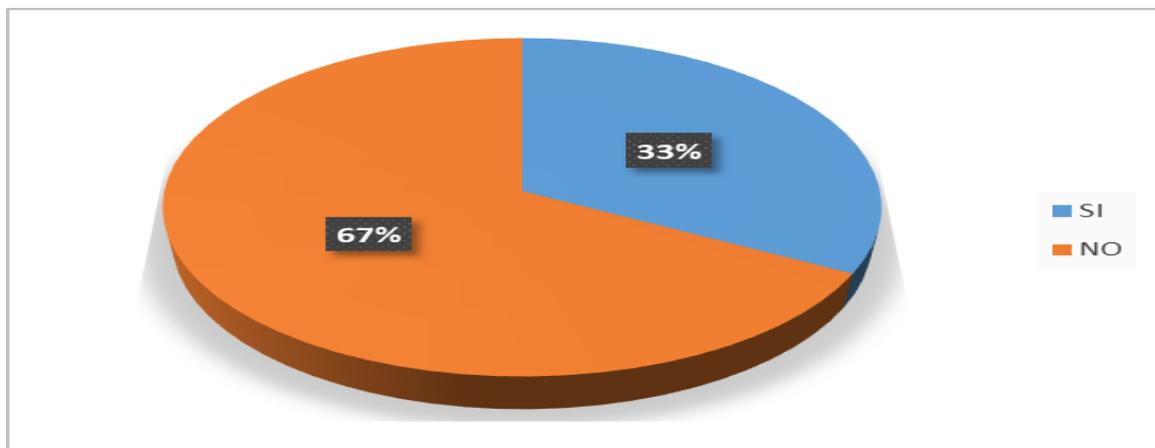
### Pregunta No. 3. ¿Conoce usted el significado de la alienación parental?

**Tabla 4**  
*Concepto de alienación parental.*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	125	33,33%
No	255	66,67%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



**Gráfico 3** *Conoce usted el significado de la alienación parental*  
**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

### Interpretación del Gráfico 3

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 67% de la población encuestada considera que No conoce el concepto de Alienación Parental; en contraposición con un 33% la cual considera que Sí. Dado este porcentaje se nota la falta de conocimiento de los abogados en ciertos conceptos de materia de niñez por ende es necesario investigar más sobre el concepto de alienación parental para de esa manera estar más preparado cuando les toque un juicio de esta naturaleza.

**Pregunta No. 4. ¿Usted tiene conocimiento si en la legislación ecuatoriana No existe la figura jurídica de la custodia compartida?**

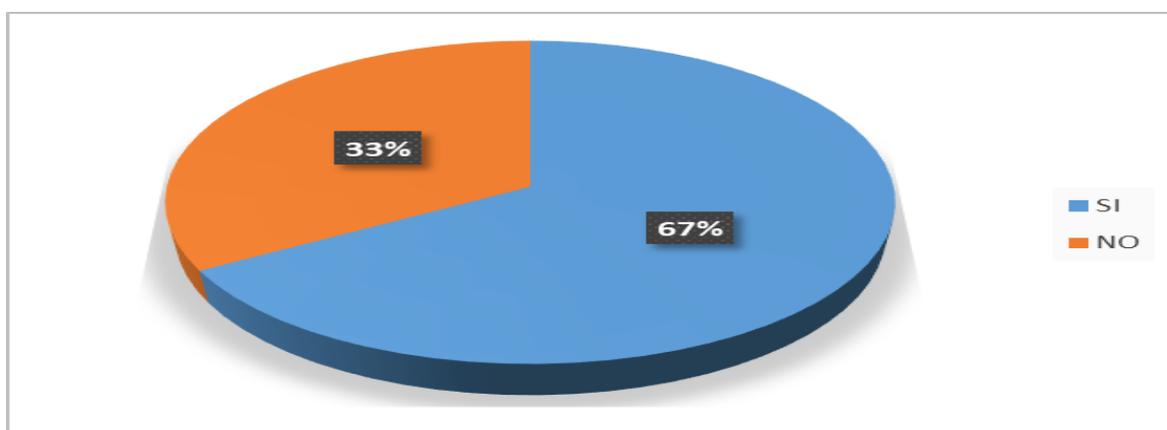
**Tabla 5**

*Conocimiento de la existencia de la custodia no compartida en el Ecuador.*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	251	66,93%
No	124	33,07%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



**Gráfico 4** Conocimiento de la existencia de la custodia no compartida en el Ecuador  
**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

**Interpretación del Gráfico 4**

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 67% de la población encuestada considera que Sí, tiene conocimiento que en la legislación ecuatoriana No existe la Custodia Compartida, en contraposición con un 33% la cual considera que No, tenía conocimiento que en el Ecuador No existe la custodia Compartida. La población encuesta conoce que los jueces no emiten una sentencia con custodia compartida, ya que, aplican la norma que establece el Código de la Niñez y Adolescencia por esa razón se le otorga la tenencia a la madre.

**Pregunta No. 5. ¿Usted cree que el padre tiene derecho a una custodia compartida con sus hijos?**

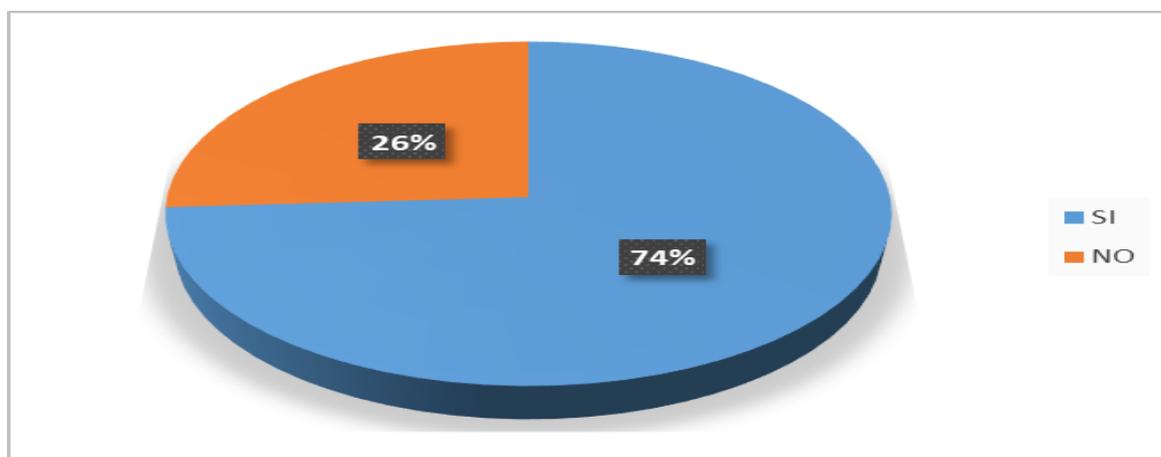
**Tabla 6**

*El padre tiene derecho a la custodia de los hijos.*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	278	74,13%
No	97	25,87%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



*Gráfico 5 El padre tiene derecho a la custodia de los hijos.*

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

### **Interpretación del Gráfico 5**

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 74% de la población encuestada considera que Sí, está de acuerdo de que el padre debe tener el derecho de la custodia de los hijos; en contraposición con un 26% la cual considera que No. La población encuestada opina que el niño tiene derecho de compartir de la presencia de ambos padres en su crecimiento, ya que es necesario para todo niño el amor afectivo de sus padres.

**Pregunta No. 6. ¿Considera usted que en algunos casos el progenitor custodio engendra el síndrome de alienación parental de los hijos hacia el progenitor no custodio?**

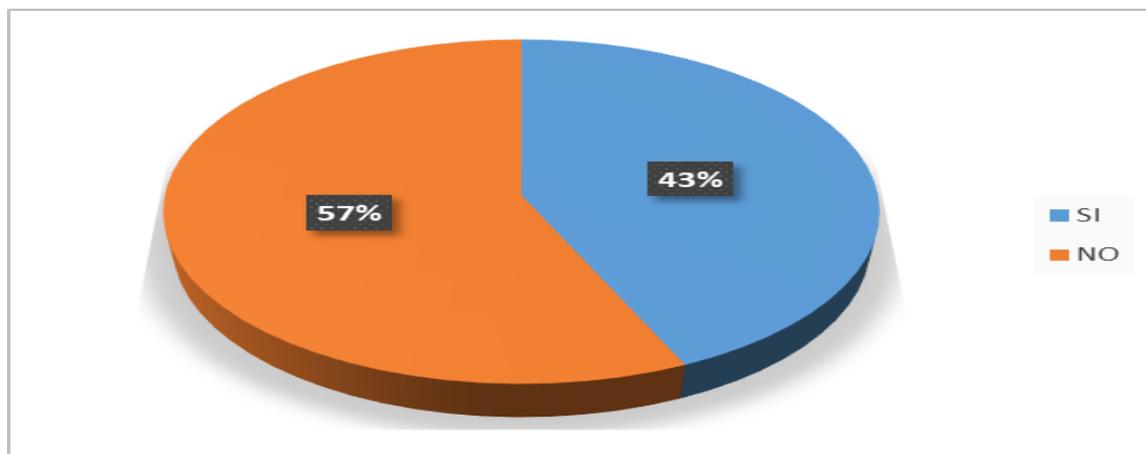
**Tabla 7**

*Casos de alienación parental.*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	160	42,67%
No	215	57,33%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



*Gráfico 6 Casos de alienación parental*

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

### **Interpretación del Gráfico 6**

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 57% de la población encuestada considera que No conocen de casos que sean provocados por una alineación parental de padre del progenitor custodio; en contraposición con un 43% la cual considera que Sí conoce de casos en donde el progenitor custodia engendra el síndrome de alienación parental.

**Pregunta No. 7. ¿Considera usted que se están violentando los derechos del menor, al impedirle que la custodia sea compartida?**

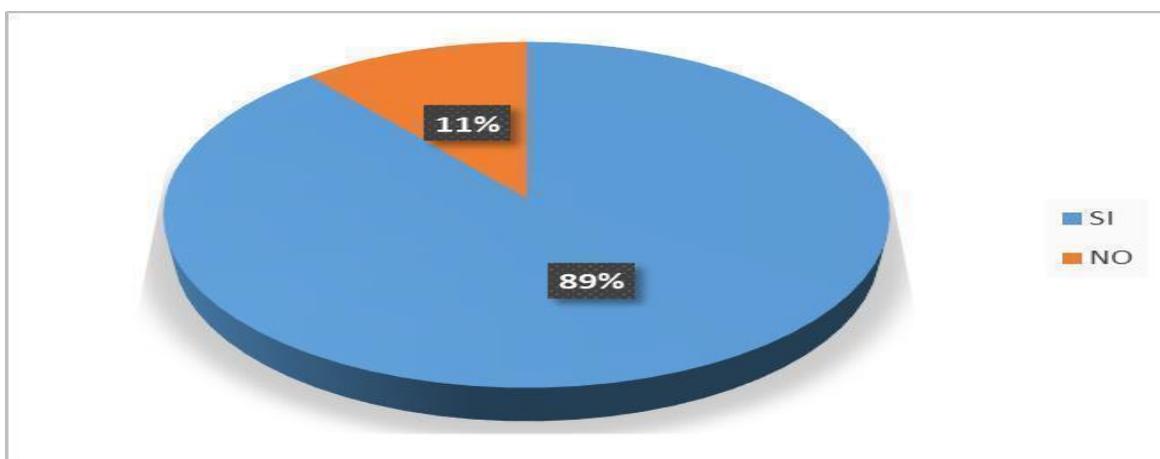
**Tabla 8**

*Vulneración de los derechos del niño.*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	335	89,33%
No	40	10,67%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



*Gráfico 7 Vulneración de los derechos del niño.*

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

### **Interpretación del Gráfico 7**

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 89% de la población encuestada considera que Sí, se están violentando los derechos del niño, ya que consideran que deben convivir con ambos padres; en contraposición con un 11% la cual considera que No, por los hijos son de la madre. La población encuestada opina que sí se están violentando los derechos del niño, debido a que el menor, debe convivir con ambos padres y buscar una manera de que estos puedan compartir con sus hijos sin ningún impedimento.

**Pregunta No. 8.** ¿Considera usted que se estaría violentando el derecho de igualdad al padre, al impedirle que la custodia sea compartida?

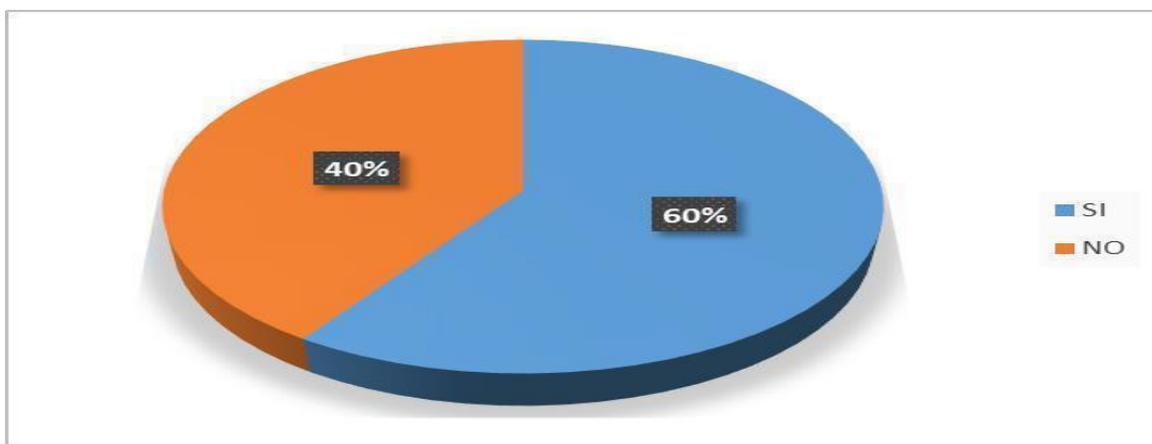
**Tabla 9**

*Violación de los derechos del padre.*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	225	60%
No	150	40%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



*Gráfico 8 Violación de los derechos del padre.*

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

### **Interpretación del Gráfico 8.**

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 60% de la población encuestada considera que Sí, se están violentando el derecho de igualdad del padre al impedirle la custodia compartida; en contraposición con un 40% la cual considera que No se están violentando el derecho de igualdad, ya que la madre también aporta en el hogar. La población encuestada opina que efectivamente se está violentando los derechos de igualdad, ya que no permite que el padre pueda gozar de los mismos derechos que tiene la madre al momento de tener la tenencia de sus hijos.

**Pregunta No. 9. ¿Está usted de acuerdo que la custodia compartida sea obligatoria, a partir de los 5 años de edad de los menores?**

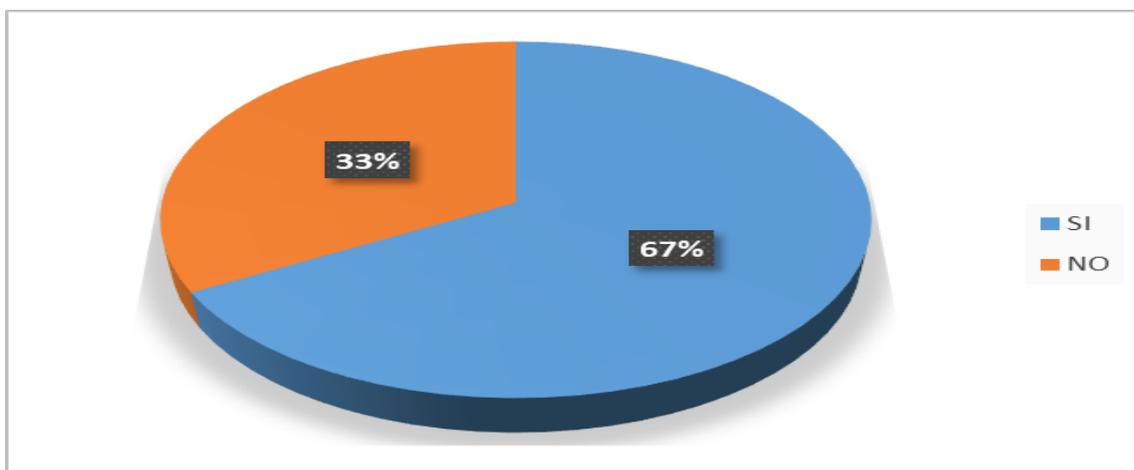
**Tabla 10**

*Custodia compartida a partir de los 5 años.*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	250	66,67%
No	125	33,3%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



*Gráfico 9 Custodia compartida a partir de los 5 años.*

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

### **Interpretación del Gráfico 9**

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 67% de la población encuestada considera que Sí, está de acuerdo de que la custodia compartida sea a partir de los 5 años de edad; en contraposición con un 33% la cual considera que No. La población encuestada opina que, si está de acuerdo que la custodia compartida sédé a partir de los 5 años de edad, ya que es una edad, en la que el niño, ya es un pocomás grande y puede salir con ambos progenitores sin necesidad de que el otro esté presente, siempre y cuando sea seguro.

**Pregunta No. 10. ¿Está usted de acuerdo en que se realice una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia?**

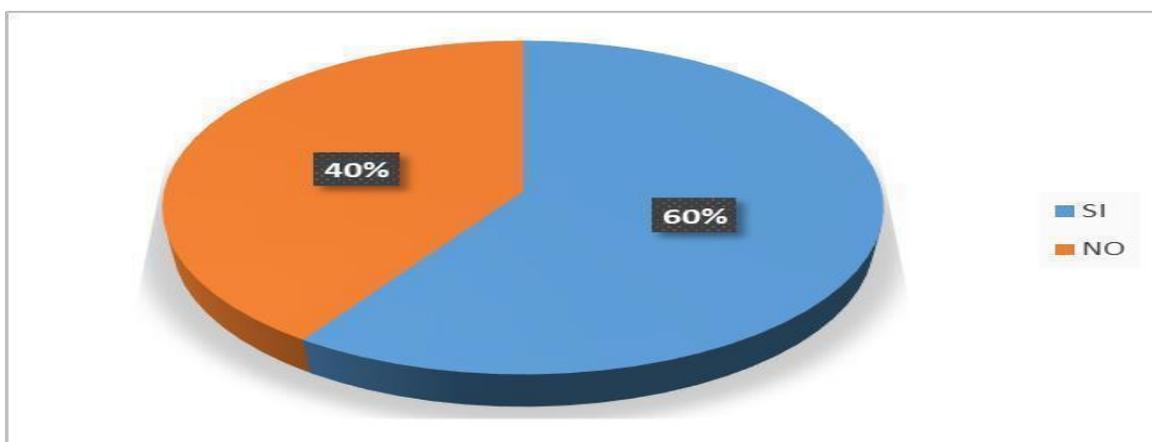
**Tabla 11**

*Reforma del Código de la Niñez y Adolescencia.*

Ítems	Frecuencia	Porcentaje
Si	225	60%
No	150	40%
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Profesionales del Derecho Afiliados al Colegio de Abogados de Guayaquil

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)



*Gráfico 8 Reforma del Código de la Niñez y Adolescencia*

**Elaborado por:** Zanzzi (2021)

### **Interpretación del Gráfico 10**

Conforme a los datos obtenidos en las encuestas se puede determinar que, el 60% de la población encuestada considera que Sí, están de acuerdo de que se reforme el Código de la Niñez y Adolescencia; en contraposición con un 40% la cual considera que No, está de acuerdo de que exista una reforma, porque nuestra cultura es diferente a la de otros países que si aplican la custodia compartida.

## 1.7.2 Entrevistas

<b>Entrevista No. 1</b>	
<b>Nombres y Apellidos:</b>	<b>Dra. Verdezoto Gaibor Deida Narciza.</b>
<b>Perfil Profesional:</b>	Jueza de Familia Mujer y Adolescencia del Cantón Milagro

### 1.- ¿Qué opina usted respecto de la Custodia Compartida?

Primero se tiene que tener en consideración que en el Ecuador es un país es suscriptor de todos los convenios y tratados internacionales, como son la convención de los derechos del niño, donde siempre se habla, del interés superior del niño, con respecto a la tenencia de los niños, la ley establece que el ejercicio para la tenencia de los niños está en el código de la niñez que habla de la patria potestad, en nuestra legislación no tiene la tenencia compartida, porque para mi punto de vista un niño no puede estar viviendo en una casa y en otra, un niño necesita tener una estabilidad, un modelo permanente a seguir, en el momento que yo le doy a un niño, una tenencia compartida significa que el niño no va a tener un desarrollo, tendría que aprender costumbres de ambas casas, y eso dificultad y afecta el desarrollo y crecimiento de los niños.

### 2.- ¿Qué opinión le merece a usted de que el padre comparta la custodia de sus hijos con la madre?

Aquí en el Ecuador no existe la palabra custodia, aquí hablamos de tenencia y patria potestad, la tenencia y la patria potestad la ejercen ambos padres, cuando se divorcia los padres se deciden todo eso, y cuando hay controversias el juez tiene que analizar, por eso en el código de la niñez en el artículo de la patria potestad habla que se respetara el

acuerdo de las partes, a falta de acuerdo de las partes, si el niño tiene más de 12 años será consultado, si tiene menos de 12 años y es niña, se preferirá a la madre y en caso de controversias el juez decide con quien se va.

**3.- ¿Cuál es su opinión respecto de lo establecido en el Artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia?**

Para mí, cuando yo hablo de la corresponsabilidad parental, el padre trabaja y la madre se queda con los hijos en la casa, como está contribuyendo el padre, saliendo a ver el dinero, y la madre contribuye quedándose en el hogar cocinando, lavando, planchando, porque si la madre va a trabajar, con quien queda el niño?, pero no solamente nos enfocamos en lo económico, porque si el padre y la madre trabaja, quien cuida a los niños, quien cocina para el niño, quien lava, quien plancha, porque el trabajo del hogar no es fácil, entonces ahí existe corresponsabilidad parental.

**4.- ¿Cuál es su criterio respecto de lo señalado en el Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia?**

Considero que el artículo 106 que habla de la patria potestad, habla de los numerales que va explicando cada uno, en donde manifiesta primero que se respetara el acuerdo de los padres, de ahí viene si tiene más de 12 años y hay conflicto se escuchara al niño, si tiene menos de doce años si es niña, se preferirá a la madre, si es niño, se preferirá al padre, y no se está vulnerando derecho alguno

**5.- ¿Cree usted necesario que se aplique una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia sobre la Custodia Compartida?**

No le veo ninguna necesidad de la custodia compartida, porque el niño necesita una estabilidad emocional, psíquica para su desarrollo y crecimiento, y en el momento que yo le mando al niño a vivir un mes con la mama y el otro mes con el papa se pierde la estabilidad emocional, porque el niño, necesita desarrollarse en un ambiente de estabilidad, compartir con toda la familia.

<b>Entrevista No. 2</b>	
<b>Nombres y Apellidos:</b>	<b>Msc. Ab. María Azucena Morocho Saguay</b>
<b>Perfil Profesional:</b>	Abogada especialista en familia

**1.- ¿Qué opina usted respecto de la Custodia Compartida?**

Yo pienso que se cuidara más el desarrollo del menor, que el padre y la madre tienen la misma capacidad en cuanto al cuidado y crianza del menor, esto por el bienestar, por el interés superior del menor, y da pena casos que se pelean los padres, para evitar visitas, cuando la constitución te garantiza ese derecho, que no es un derecho para el padre, es un derecho para el niño, entonces para mí si será bueno esta custodia compartida

**2.- ¿Qué opinión le merece a usted de que el padre comparta la custodia de sus hijos con la madre?**

Estoy de acuerdo de que el padre y la madre tienen la misma capacidad de poder criar y cuidar a sus hijos, ahora si hay sospechas, de alguna duda para eso el juez tiene la capacidad, de llamar al equipo técnico necesario para ver tanto la madurez psicológica del padre y de la madre, para garantizar la estabilidad y el cuidado del niño, porque no levoy a dar la custodia a un padre irresponsable, el juez puede aplicar eso, a fin de protegerlos derechos del niño.

**3.- ¿Cuál es su opinión respecto de lo establecido en el Artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia?**

Estoy de acuerdo con relación a ese artículo, pero lastimosamente muchos padres se quejan de que no están bien estructurados, porque hay padres que piensan que lo que se proporciona es suficiente y que la madre también debe trabajar, pero la madre aporta en el cuidado del hogar, en los cuidados del menor, en la salud, entonces de esa forma la madre aporta en el cuidado de los niños.

**4.- ¿Cuál es su criterio respecto de lo señalado en el Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia?**

Yo creo que, si hay una preferencia a la madre, primero porque muchas veces no oyen a los niños, hay veces que los niños manifiestan ante el juez que quieren quedarse con el padre, pero sin embargo los jueces se basan en que el menor tiene que quedarse con la mamá, no profundizan el porqué, y efectivamente muchos jueces no aplican la norma como debe de ser, entonces si estoy de acuerdo de que existe una violación del principio de igualdad con el padre y una vulneración al principio de interés superior del menor.

**5.- ¿Cree usted necesario que se aplique una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia sobre la Custodia Compartida?**

Claro si y se debería aplicar el sistema legislativo español, ya que, si se da la custodia compartida, y existe demasiada jurisprudencia, y lo primero que hay que hacer, es mantener los lazos afectivos entre el padre y los hijos, si aquí no hay los suficientes conocimientos, tomemos el derecho comparado y adaptándola a nuestra sociedad.

<b>Entrevista No. 3</b>	
<b>Nombres y Apellidos:</b>	<b>Ab. José Luis Atauchí</b>
<b>Perfil Profesional:</b>	Docente de la Universidad de Guayaquil en materia de niñez

**1.- ¿Qué opina usted respecto de la Custodia Compartida?**

Son casos excepcionales en donde lamentablemente a veces no se ponen de acuerdo de la manera correcta los padres y ahí vienen a veces el conflicto y no respetan el interés superior del menor, entonces ocurre que la parte más afectada es los menores. Con respecto a la custodia compartida si me parece que es una medida plausible, pero hay que socializar una vez que sea publicado en el registro oficial, y además debería haber un informe técnico de las oficinas de las unidades judiciales en donde se ventilan casos de alimentos a favor de los mejores procreados por la pareja.

**2.- ¿Qué opinión le merece a usted de que el padre comparta la custodia de sus hijos con la madre?**

Es correcto desde el punto de vista legal y moral, por ser padres debe mantenerse la relación de los padres y de alguna manera buscar no solamente lo que la ley dice el interés superior del menor, de todas maneras, acepta a los menores cuando hay conflictos familiares

**3.- ¿Cuál es su opinión respecto de lo establecido en el Artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia?**

A mi criterio se debería plantear una acción afirmativa y revisar las disposiciones legales, tanto en la constitución de la república y los tratados por el bienestar del menor, pero lamentablemente en nuestro medio cree que solamente el padre debe dar alimentos a sus hijos, cuando no es así, porque la ley cuando dice corresponsabilidad quiere decir que la responsabilidad es de ambos padres, es decir la madre trabaje o no trabaje tiene que

también compartir en la alimentación y estudiar del niño, pero si bien es cierto también hay que ver que puede haber excepciones, en cuanto a que los jueces solamente determinan un valor de acuerdo a la tabla a favor del, menor en contra del padre, pero no realizan una información más profunda a través de las oficinas técnicas de cuestión psicológica y la cuestión también de entorno social, sin embargo considero que la madre por el hecho mismo que los hijos están pequeños, no pueden tener un trabajo fijo, pero creo que por naturaleza el cuidado y protección a la madre, pero si estamos hablando en cuestión de alimentos debe ser la corresponsabilidad de ambos padre que tiene ese mismo derecho de aportar económicamente en los cuidados del menor

**4.- ¿Cuál es su criterio respecto de lo señalado en el Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia?**

No se están respetando a la igualdad que nuestra constitución como norma suprema, establece a las partes, lamentablemente en nuestro país, no hay personas preparadas, que nunca han litigado ni han estado en el libre ejercicios del derecho para saber cómo se viven este tipo de problemas en las audiencias de juicio, entonces esto debería plantearse con personas escogidas que han estado en el libre ejercicio profesional, pero también los jueces tiene que respetar la norma, no darle privilegio a la madre y no debe existir desigualdad en contra de la madre y no se trata de respetar los derechos de la madre sino respetar los derechos del niño, por ende se está vulnerando el principio de igualdad de la constitución y el principio de interés superior del menor

**5.- ¿Cree usted necesario que se aplique una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia sobre la Custodia Compartida?**

Si por supuesto que estoy de acuerdo, y no solamente que se realice una reforma sobre la custodia compartida sino también en cuestiones de alimentos, la corresponsabilidad debe ser más clara y debe aplicarse, no debe ser solamente que la ley este escrito y que no se aplique, por lo tanto, no aplicando una ley que están vigente equivale dejar en indefensión a algunas de las partes, no respetando y vulnerando sus derechos.

### **1.7.3 Análisis de las entrevistas**

#### **Pregunta No. 1**

Referente a la primera pregunta los dos entrevistados consideran que, es importante que se aplique la custodia compartida en el Ecuador, para que de esa manera exista una mejor relación paterno filial entre padres e hijos y poder establecer los vínculos familiares más fuertes y de esa manera evitar conflictos en pareja, con la excepción de la jueza que no está de acuerdo que se establezca la custodia compartida, ya que no considera adecuado que el niño viva con ambos padres por tiempo diferente

#### **Pregunta No. 2**

Respecto a la pregunta, los dos entrevistados consideran y están de acuerdo de que el padre comparta la custodia con la madre, ya que tanto el padre como la madre, debe estar pendiente del cuidado y protección de los menores, y solo en caso de que el padre no esté capacitado, por problemas que mediante un estudio de investigación se logra constatar que el padre no está apto para la custodia compartida, dejarlo al criterio del juez., a excepción de la juez que no considera que el padre debe de compartir la tenencia con la madre, ya que el niño necesita vivir con su madre y en un solo lugar para su desarrollo.

#### **Pregunta No. 3**

Referente a esta pregunta, los dos entrevistados consideran que, de cierta manera si se está respetando el derecho de corresponsabilidad parental porque el padre debe proporcionar en el hogar, saliendo a trabajar y consiguiendo el dinero, sin embargo, la madre aporta en el hogar cuidando al niño y encargándose de las cosas que hay que hacer en el hogar, por tal motivo existe una responsabilidad de ambos padres.

Con esto los dos entrevistados proponen que la custodia compartida, debe darse que a partir de los 5 años, que la madre deba tener la custodia compartida la mama de lunes a viernes. Y viernes en las noches hasta el domingo en la casa del papa.

#### **Pregunta No. 4**

Respecto a esta pregunta, los dos entrevistados consideran que efectivamente existe una preferencia hacia la madre por parte de los jueces, ya que no aplican las normas, no escuchan a los menores que deben ser escuchados desde el momento que tenga una capacidad para hablar con una edad aproximada de 5 años, por tal motivo se están violentando el derecho de igualdad y vulnerando el principio de interés superior del menor, sin embargo, la jueza estableció que no existe una preferencia hacia la madre, ya que el Código de la Niñez y Adolescencia, menciona en qué casos se otorga la patria potestad a la madre

#### **Pregunta No. 5**

En lo que concierne a la Reforma del Código de la Niñez y Adolescencia los dos entrevistados mencionan que si es necesario una reforma sobre la custodia compartida, pero para ellos se requiere un cuerpo colegiado integrado por personas académicas especialistas en materia de niñez y adolescencia, de pronto también un psicólogo clínico o un psicólogo, jueces o ex magistrados, abogados en libre ejercicio, integrados por personas afines al área al derecho de familia para que ellos propongan un anteproyecto de ley educativo que sea gente altamente preparada la que proponga las leyes y se utilice la legislación comparada para tomar de ejemplo de cómo se aplica la custodia compartida en otros países para utilizarlo en el Ecuador. Sin embargo, la jueza no está de acuerdo en que se realice una reforma, porque considera que nuestra cultura no es como la de Europa que tiene un sistema legal mucho mejor estructurado que el que tenemos en el Ecuador.

## CAPÍTULO IV

### INFORME FINAL

#### 4.1. Propuesta.

##### **Propuesta de Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.**

Se reforme el Artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia

**Art.- 106.- Patria Potestad.** - Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

- 1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;
- 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido 5 años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
- 3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido 5 años, la patria potestad se confiará a los dos progenitores salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;
- 4.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,
- 6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

Se agregue la figura jurídica de la Custodia Compartida en el Código de la Niñez y Adolescencia y las formas de llevarse a cabo

**Art. 108.- Custodia Compartida.** - La custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones, de derechos y deberes sobre los mismos.

La custodia Compartida se la puede solicitar a partir de los 5 primeros años del menor

**Art. 109.- Formas de Custodia Compartida.** - Para que la custodia sea compartida tanto para la madre y el padre y la forma de custodia compartida serían las siguientes:

**1.- Custodia Compartida Sincronizada.** -El niño vivirá una semana con la mamá y otra semana con el papá

**2.- Custodia Compartida permanente de los hijos en el hogar.** - Los padres se deben alternar para convivir con el menor sin que este se mueva de su domicilio, así evitar que el niño, niña o adolescente conviva una semana con el padre y otra con la madre.

**3.- Custodia Compartida sin lugar de tiempo de los padres.** - El niño vivirá con uno de los padres, si es que el otro se encuentra trabajando.

**Art. 110.- Negación o Suspensión de Custodia Compartida. – La Custodia Compartida será Negada por el Juez en los siguientes casos:**

1.- En caso de que la menor sufra maltrato físico, verbal y psicológico por alguno de sus progenitores

2.- En caso de que el menor se encuentre en peligro con alguno de los progenitores

3.- En caso de que él o la agente investigador emita el informe en donde manifiesta que el lugar donde vive el menor, no es un lugar adecuado para su desarrollo

4.- En caso de que alguno de los padres no quiera aceptar la Custodia Compartida.

## CONCLUSIONES

Conforme a la investigación realizada en conjunto con el análisis e interpretación de los resultados obtenidos en las entrevistas y encuestas es pertinente formular las siguientes conclusiones:

- Que, del resultado de la información recopilada por medio de la elaboración de las encuestas a los abogados, se comprobó la hipótesis planteada en esta investigación, y de esta manera se evidenció que la gran mayoría de abogados están de acuerdo con una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia para que el menor de edad pueda tener una custodia compartida con los padres que estén aptos y capacitados.
- Que, del resultado de la información recopilada por medio de las entrevistas y encuestas realizadas a los diferentes expertos en materia de familia, se concluyó que la manera correcta en que se pueda practicar la custodia compartida en el país es por medio de un acuerdo de los padres, y en caso de no existir un acuerdo, la custodia compartida se podría otorgarse a partir de los 5 años de edad de los niños, previamente autorizados por un agente investigador del departamento de violencia intrafamiliar, debidamente certificado por el consejo de la judicatura, que certifique las condiciones en las que vivirá el menor con ambos padres.
- Que, del resultado de las encuestas y entrevista, doctrina y jurisprudencia se puede concluir que efectivamente en el Ecuador existe una vulneración al principio de interés superior del menor y del principio de igualdad, y que es necesario utilizar la legislación comparada de otros países por medio de los jueces especializados en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia, siendo necesario que abogados, catedráticos, especialistas y demás profesionales del derecho, puedan aplicar en el país de la manera correcta la custodia compartida y que de esta manera el menor sea el único beneficiado.

## **RECOMENDACIONES.**

Producto del desarrollo de la investigación, análisis y conclusión formulados, es correcto plantear las siguientes recomendaciones:

- Se recomienda a la Asamblea Nacional Legislativa, tomar en cuenta la propuesta planteada en esta investigación, referente a la Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, y que esta sea practicada para que la custodia compartida y sus diferentes formas sea permitida en el Ecuador y solo en los casos en que la ley no lo permita, sea denegada al progenitor que no esté capacitado de gozar de la custodia de sus hijos y se rija al régimen de visitas como está establecido actualmente
- Se sugiere al Consejo de la Judicatura y su departamento de violencia Intrafamiliar, que se encarga de verificar, en qué condiciones está conviviendo el menor con su familia, a través de un informe técnico y de esa manera los jueces puedan dictar sentencia de acuerdo a lo que diga el menor y el informe del agente investigador encargado y de esa manera poder otorgar una custodia compartida a los padres o solo entregar la custodia al padre que este mejor capacidad de tener la custodia de sus hijos.
- Para esta investigación se recomienda a los jueces tomar en consideración, los criterios emitidos por los profesionales del derecho entrevistados en esta investigación, así como también, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015 de la ciudad de Madrid. (RJ 2015, 4746), donde se establece una custodia compartida por semanas para el padre y la madre, para que mejoren su análisis al momento de emitir sus fallos y que estos sean los más favorables al niño

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Abel M (2008). Derecho de familia, Buenos Aires, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Abeliuk, R (2003): La filiación y sus efectos. Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Acuña San Martín, Marcela. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. Revista de derecho (Coquimbo), 20(2), 21-59.  
Obtenido de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>
- Acuña, M. (2013). El principio de Corresponsabilidad Parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 21-59.
- Aguilar, J. M. (2005). Síndrome de Alienación Parental. Hijos Manipulados por un cónyuge para odiar al otro. Segunda Edición. Almuzara.
- Alban Guerra, G. F. (2010). Derecho de la Niñez y Adolescencia. Quito. Repositorio Universidad Internacional del Ecuador.
- Alban Guerra, G. F. (2010). Derecho de la Niñez y Adolescencia. Quito. Repositorio Universidad Internacional del Ecuador.
- Alessio, M. F. (mayo, 2005). "Derecho de Familia. Patria Potestad".
- Álvarez (2002). "Metodología de la Investigación Jurídica Hacia una nueva perspectiva".
- Arrieta, C. (2016). Análisis de los vacíos de la ley N°143 "Ley de alimentación "Vulneración en los derechos a beneficiarios demandados en el municipio del Rama, Raas, durante el año 2013 y el I semestre del año 2014. Revista de Investigación Universidad de Ciencias Comerciales, 13-24
- Arroyo Cárdenas, E. (2013). La custodia compartida de los hijos de padres separados. Ambato. Repositorio Uniandes.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del niño. Resolución 44/25. Noviembre, 20, 1989.
- Belluscio, C. A. (1977). Manual de Derecho de Familia, Tomo 1, 2. Buenos Aires.

- BOLIVAR (2017). Denuncian maltrato a niño de 9 años por parte de su padrastro. Obtenido: <https://www.elheraldo.co/bolivar/denuncian-maltrato-nino-de-9-anos-por-parte-de-su-padrastro-398491>
- Borda, G. (2008). Tratado de derecho civil y preceptos jurídicos del interés superior de menores (Quinta ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Editorial S.A.
- Buenaventura, M. (2011). Custodia Compartida Facilitar la Coparentalidad en Beneficio del Menor. Barcelona. Editorial Sagrario Yárnoz Yaben.
- Cabanellas, G. (2011). Diccionario Jurídico Elemental. España: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2012). Diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de la Torre. (2012). Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cáceres (2018) ‘‘La corresponsabilidad parental y custodia compartida de los hijos, en la vulneración del principio de interés superior del menor en la provincia de Tungurahua parroquia Huachi Chico período 2015.’’
- Castellanos, G., Gaviria, C., Eisenhower, J., Restrepo, O., y Salazar, O. (2006). Custodia Compartida Coloquio. Cali, Colombia: CIES
- Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador. (2003). publicado en el Registro Oficial No. 737, de 3 de enero de 2003.
- Código de la Niñez y la Adolescencia. (2014). Artículo 11. Interés superior del niño - Artículo 12. Prioridad absoluta (Vol. III). (A. N. Ecuador, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador:CEP.
- Congreso Nacional. (2005). Código Civil Ecuatoriano. Quito: Registro Oficial.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Constitución de la República. (2008). Protección integral de los derechos de la familia (Vol. II). (A. N. Ecuador, Ed.) Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.
- Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas. (07 de 11 de 2017). Obtenido de Asístanse Act de 1980 de los Estados Convención sobre los Derechos de los niños y niñas.Disponible en la URL. [www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf).
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Interés superior del niño: Garantías

institucionales de los Estados suscriptores. Artículos 3, 4 - 5. Legislación sobre los derechos del niño, ONU, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, Nueva York.

Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1989). UNICEF.

Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1989). UNICEF.

Obtenido de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Espinosa, G. O. (2013). Influencia del Síndrome de Alienación Parental en la Conducta de los Adolescentes. Quito. s/e.

Ferrari, J., y Zicavo, N. (2011). Padres separados: cómo criar juntos a sus hijos. México. Trillas.

Ferrari, J., y Zicavo, N. (2011). Padres separados: cómo criar juntos a sus hijos. México. Trillas.

García, F. (24 de febrero de 2011). Derecho Ecuador. Obtenido de

González Ramírez, M. (2013). Dilemas psico legales entorno a la custodia compartida. Barcelona. Universidad de Barcelona.

González, J. A. (2014). Elementos de Derecho Civil: El ejercicio de la patria potestad y la custodia compartida (Tercera ed., Vol. II). México D.F., México: Trillas S.A.

Granizo, T. (2013). Los factores externos de ser madre soltera. (Argentina). Revista Granizo, T. (2013). Los factores externos de ser madre soltera. (Argentina).  
Revista ¡HOLA!, 30(1), 68.

Grossman, C. (2012). El proceso de divorcio: Derecho y realidad (Segunda ed., Vol. II). (UBA, Ed.) Barcelona, Cataluña, España: Abaco.

Holguín, J. L. (2008). Derecho Civil del Ecuador: Filiación, estado civil y alimentos (Cuarta ed., Vol. II). Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.

<http://repositorio.uees.edu.ec/bitstream/123456789/1954/1/PAPER%20TENENCIA%209.pdf>  
<http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/29189/1/Lino%20Villegas%20Boris%20109.pdf>

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoc>

civil/2011/02/24/el-juicio-de-divorcio-en-el-ecuador

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>

INEC (2016), Instituto Nacional de Estadística y Censos ( 20 de junio del 2006) obtenido

de: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/el-numero-de-divorcios-en-ecuador-crecio-1191-en-diez-anos/>

Lártiga, G. R. (2012). Explicaciones del derecho civil, derecho de las personas y de la familia (Primera ed., Vol. V). Santiago, Chile: Legal publishing Chile.

Lasarte, C. (2011). Patria Potestad, guarda y custodia (Primera ed., Vol. I). (D. d. Civil, Ed.) Madrid, España: UNED.

Lathrop, F. (2008). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. Revista chilena de Derecho Privado Fernando Nuevo Laneri. Nro. 10.

Lino (2018), “La Corresponsabilidad Parental en los juicios de alimento y regulación de visitas” obtenido de:

Martin (2017). Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Cuestiones Actuales sobre la Custodia Compartida.

MORGAN AGURTO, K.P. (2017). “La Custodia compartida del menor después de la separación de sus progenitores”

O'Donnell, D. (2004). La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en relación a la familia. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.

Recuperado de:

Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/15482>

Obtenido de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Obtenido de <https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/05/doc.pdf>

obtenido de: <http://repositorio.ulvr.edu.ec/bitstream/44000/1635/1/T-ULVR-0676.pdf>

Obtenido de: <https://core.ac.uk/download/pdf/159379179.pdf>

Obtenido de: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Obtenido de; <http://200.12.169.19/bitstream/25000/6877/1/T-UCE-0013-Ab-189.pdf>

Ossorio, M. (1973). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

Obtenido de:

[https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction\\_docs%20gene](https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20gene)

raux/Di  
ccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Políticas%20y%20Soc  
iales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf

Reyes, J. A. (2010). Manual de derecho civil (Tercera ed., Vol. II). Lima, Perú: Editores Jurista.

Rodríguez, S. (2014). Derecho de familia: El interés superior del menor y la patria potestad, contexto conceptual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D.F.: Aranzadi, SA.

Suárez, T. (2015). La custodia compartida sobre los hijos. Buenos Aires: Editorial Croquis.

Valdiviezo, G. O. (2017). La Alienación Parental y su relación con la Vulneración del Interés Superior del Niño. Quito. Repositorio Universidad Central del Ecuador.

Vega, A. (2015). Hacia un nuevo convenio latinoamericano de Derechos Humanos: El derecho superior en grupos vulnerables (Quinta ed., Vol. I). (CEDEC, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional.

Vélez, J. P. (2007). Tenencia; Legislación, Doctrina, Practica. Riobamba - Ecuador: Cevallos.

Vizuite Sánchez, M. F. (2016). La vulneración del interés superior del menor y la custodia compartida de los hijos en el Distrito Metropolitano de Quito. Quito. Universidad Central del Ecuador.

Zambrano Macay, M.Y. (2017). Tenencia Compartida: Una reforma en igualdad de condiciones para los padres y la legislación comparada. Universidad Espíritu Santo.

## ANEXOS

### ANEXO 1: MATRIZ DE ENCUESTA

UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE  
GUAYAQUIL

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO.

**OBJETIVO:** Obtener información de los profesionales del derecho como sustento al trabajo de investigación “LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU INDEBIDA APLICACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR”

Lea detenidamente cada pregunta y conteste según su criterio.

**RESPUESTAS:** A) Si

B) No

	PREGUNTA	A	B
1	¿Sabe usted el significado de lo que es la corresponsabilidad parental?		
2	¿Conoce usted en que consiste el principio de interés superior del menor?		
3	¿Conoce usted el concepto de alienación parental?		
4	¿Usted tiene conocimiento si en la legislación ecuatoriana No existe la figura jurídica de la custodia compartida?		
5	¿Usted cree que el padre tiene derecho a una custodia compartida con sus hijos?		
6	¿Considera usted que en algunos casos el progenitor custodio engendra el síndrome de alienación parental de los hijos hacia el progenitor no custodio?		
7	¿Considera usted que se están violentando los derechos del menor, al impedirle que la custodia sea compartida?		
8	¿Considera usted que se estaría violentando el derecho de igualdad al padre, al impedirle que la custodia sea compartida?		
9	¿Está usted de acuerdo que la custodia compartida sea obligatoria, a partir de los 5 años de edad de los niños?		
10	¿Está usted de acuerdo en que realice una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia?		

**ANEXO 2: MATRIZ DE ENTREVISTA**  
**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE**  
**GUAYAQUIL**  
**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO.**

**OBJETIVO: Obtener información de los profesionales del derecho como sustento al trabajo de investigación “LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU INDEBIDA APLICACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR”**

**Lea detenidamente cada pregunta y conteste según su criterio.**

**1. ¿Qué opina usted respecto de la custodia compartida?**

---

---

**2. ¿Qué opinión le merece a usted de que el padre comparta la custodia de sus hijos con la madre?**

---

---

**3. ¿Cuál es su opinión respecto de lo establecido en el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia?**

---

---

**4. ¿Cuál es su criterio respecto de los señalado en el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia?**

---

---

**5. ¿Cree necesario que se aplique una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia sobre la custodia compartida?**

---

---

**Anexo 3: Juez de Familia del cantón Milagro. Deyda Verdezoto**



**Anexo 4: Msc.Ab. María Azucena Morocho. Magister en Derecho de Familia.**



**Anexo 5: Ab. Luis Atachi. Docente de la Universidad de Guayaquil en materia de niñez.**

